This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 747 703

Bill Mar 1924

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct. 25 1921

AUS DEM

NOXALRECHTE DER RÖMER.

RECHTSHISTORISCHE ABHANDLUNGEN

VON

DR. CARL SELL

GEH. JUSTIZRATH UND ORDENTL. PROFESSOR AN DER RHEINISCHEN FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT IN BONN.

BONN

VERLAG VON MAX COHEN & SOHN (FR. COHEN).

1879.

OCT 2 5 1921

Vorrede.

In einer Zeit wie die gegenwärtige, in welcher die hervorragendsten Kräfte deutscher Nation ihre wirksame Hülfe darbieten, um im neuerstandenen deutschen Reiche den ersehnten Bau eines einheitlichen formalen und materialen deutschen Rechtes zum Abschluss zu bringen, könnte es Mancher für geboten erachten, den ins älteste Römerthum hinaufreichenden, nur noch historisches Interesse darbietenden Forschungen bei ihrem Erscheinen ein Wort der Entschuldigung mit auf den Weg zu geben. Und doch bedarf es in Wahrheit einer derartigen Entschuldigung nicht. Denn gerade je höher die Kraft ist, welche sich der Vollendung des obigen Neubaues widmet, desto willfähriger wird sie sich zu dem Bekenntnisse bereit finden, dass die frühsten Wurzeln ihres jetzigen Könnens und Vermögens im Boden des römischen Rechtes gründen; das in seiner unverwelklichen Frische, in seiner unvergleichlichen Tiefe innerer Durchbildung trotz der gelungensten legislativen Resultate der Neuzeit darum doch nie aufhören wird die Basis jeder gründlichen Rechtsbildung zu sein.

Bonn, im Juli 1879.

Dr. Carl Sell.

Inhalt.

Seite

Erste Abhandlung:

Zur Entwickelungsgeschichte der römischen Noxalklagen aus Privatdelicten der Sklaven und Haussöhne . . . . . 1—22.

Zweite Abhandlung:

Konnte sich der Sklave selbst durch das an einem Extraneus begangene Privatdelict wirksam obligiren, und welchen Charakter hatte die defensio seines Herrn im Falle einer wider letzteren erhobenen Noxalklage? . . . . . 23—96.

§. 1. Einleitung . . . . . 23—26.

§. 2. I. Beweis der Fähigkeit des Sklaven durch das an einem Extraneus begangene Privatdelict schon während der dominica potestas sich selbst civiliter zu obligiren.
A. Unmittelbare Quellenbelege dafür. — 1. L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) Ulp. Lib. VII. Disput.
A. Aus der allgemeinen Rechtsstellung des Sklaven entnommene Gründe für die Beweiskraft dieser Stelle Ulpians 26—54.

§. 3. *B.* Widerlegung der gegen die Beweiskraft der L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) von v. Wyss, die Haftung für fremde Culpa nach römischem Rechte. Zürich. 1867. S. 11 ff. versuchte Interpretation . . . . . 54—58.

§. 4. (Fortsetzung.) Weitere unmittelbare Quellenbelege für die Fähigkeit des Sklaven durch das an einem Extraneus begangene Privatdelict schon während der dominica potestas sich selbst civiliter zu obligiren. — 2. a. L. 18. §. 3. D. de mort. causa don. (39. 6.) Julian. Lib. LX. Digest. b. L. 174. D. de V. S. Lib. XLIII. ad Sabinum . . . . . 59—62.

§. 5. B. Mittelbare Beweisgründe für die Fähigkeit des Sklaven sich durch das an einem Extraneus begangene Privatdelict wirksam zu obligiren. — 1. Die ursprüngliche Gleichstellung des zweifellos ex delicto obligirten filiusfamilias mit dem servus in Betreff der noxae datio. — Gaius IV. 75 . . . 62—69.

Seite

§. 6. (Fortsetzung.) 2. Die Zulässigkeit der actio furti und das Versagtbleiben der condictio furtiva gegen den Sklaven nach erlangter Freiheit. — L. 15. D. de cond. furt. (13. 1.) Celsus Lib. XII. Digest. . . . . 69—72.

§. 7. (Fortsetzung.) 3. Die sorgfältige Abwägung der Zurechnung und Schuld des Herrn sowie des delinquirenden Sklaven, je nachdem das Delict vom Herrn befohlen, nur zugelassen oder ohne dessen Wissen und Willen begangen war. — a. L. 4. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus Lib. III. ad Edictum. — b. L. 2. §. 1. D. eod. Ulp. Lib. XVIII. ad Ed. . . . . 72—74.

§. 8. II. Beweisgründe dafür, dass die defensio servi von Seiten des Herrn bei Noxalklagen kein blosses rem defendere, sondern Vertheidigung des persönlich ex delicto obligirten Sklaven gewesen ist. — 1. Unsere Quellen bekunden zu wiederholten Malen, dass der dominus an der Stelle des Sklaven, pro servo, die actio noxalis auf sich nehme, — L. 39. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Julian. Lib. IX. Dig. L. 58. D. de rei vind. (6. 1.) Paul. Lib. III. Epit. L. 21. c. de furt. (6. 2.) Justinian. a. 530. . . . . 75—79.

§. 9. (Fortsetzung.) 2. Die zum Beweise für den sachlichen Charakter der defensio servi durch den Herrn herangezogene Analogie der defensio rei des mit der rei vindicatio Belangten trifft nicht zu, weil der mit der actio noxalis auftretende den Besitz des Sklaven weder eventuell noch alternativ in Anspruch nimmt, sondern ausschliesslich die litis aestimatio . . . . . 79—86.

§. 10. (Fortsetzung.) 3. Die Identität der actio ex servi delicto noxalis und in solidum beweist, dass die defensio servi ex causa noxali den Charakter einer persönlichen Vertheidigung gehabt hat . . . . . 86—87.

§. 11. (Fortsetzung.) 4. Der Umstand, dass die Quellen die noxae datio des servus gar nicht als ein eigentliches pecuniarium damnum gelten lassen, spricht gegen den sachlichen Charakter der defensio servi ex causa noxali . . . . . 87—88.

§. 12. III. Widerlegung der nach v. Wyss direct für die unmittelbare Selbsthaftung des dominus ex servi delicto und für die Eigenschaft des Sklaven als blossen Forderungsobjectes bei der Noxalklage sprechenden Gründe. — 1. Der Ausdruck delictum wird in den Quellen keineswegs zu Gunsten der Worte noxa, noxia geflissentlich gemieden, wenn die unerlaubte Handlung eines Sklaven bezeichnet werden soll . . 89—93.

§. 13. (Fortsetzung.) 2. Es ist unnachweisbar, dass nach dem Sprachgebrauch der Quellen durchweg die directe und unmittelbare Haftung des dominus als selbständige Folge eines maleficium servile erscheint . . . . . 93—94.

§. 14. (Fortsetzung.) 3. Der Umstand, dass der Anspruch gegen den dominus ignorans servi nomine, (im Gegensatze zu der

Seite

Haftung des dominus conscius suo nomine in solidum) erhoben wird, weist keineswegs auf die unmittelbare Selbsthaftung des Herrn hin. — L. 57. 58. D. de rei vind. (6. 1.) — Resultat der ganzen Abhandlung . . . . . 94—96.

Dritte Abhandlung:

Von den durch Haussöhne und Sklaven an ihren Gewalthabern verübten Privatdelicten . . . . . 97—111.

§. 1. I. Genereller Nachweis der Unmöglichkeit der Entstehung eines obligatio ex delicto zwischen beiden. — Gaius IV. 78. §. 6. I. de nox. act. (4. 8.) — L. 16. D. de furtis (47. 2.) Paulus Lib. VII. ad Sabinum. L. 7. pr. D. eod. Ulp. Lib. XXXIX. ad Sabinum. . . . . 97—103.

§. 2. II. Specielle Widerlegung der Gründe, welche zur Annahme einer obligatio naturalis ex servi delicto zwischen dem Gewalthaber und seinem Gewalt-Untergebenen führen soll. — 1. Die Annahme der Unmöglichkeit einer obligatio naturalis ex servi delicto gegenüber dem Herrn soll eine unmotivirte Beschränkung des jus naturale enthalten, weil dieses keine Sklaverei kenne. — L. 84. §. 1. D. de R. J. Lib. III. Quaestionum . . . . . 103—106.

§. 3. (Fortsetzung.) 2. Für die Annahme einer obligatio ex servi delicto naturalis gegenüber dem dominus soll sprechen: L. 1. §. 1. D. Si is qui testamento liber esse jussus erit post mortem domini ante aditam hereditatem surripuisse aut corrupuisse quid dicetur (47. 4.) Ulp. Lib. XXVIII. ad Edictum 106—108.

§. 4. (Fortsetzung.) 3. Auch L. 9. §. 6. D. de peculio (15. 1.) Ulp. Lib. XXIX. ad Edictum soll zum Beweise der obligatio naturalis ex servi delicto gegenüber seinem dominus dienen 109—111.

Vierte Abhandlung:

Kam die noxae datio auch in causis criminalibus zur Anwendung? . 112—128.

A. Nachweis, dass die für Bejahung dieser Frage herangezogenen Digesten-Stellen ausser Stande sind, dieselben zu beweisen

§. 1. Exegese der L. 5. D. si ex noxali causa agatur, quemadmodum cavetur. (2. 9.) Ulp. Lib. XLVII. ad Sabinum. — L. 1. pr. §. 1. D. de poenis (48. 19.) Ulp. Lib. VIII. Disput. 112—119.

§. 2. Exegese der L. 24. §. 3. D. de min. (4. 4.) Paulus Lib. I. Sententiarum . . . . . 119—121.

§. 3. B. Ausdrückliche Quellenzeugnisse für den Ausschluss der noxae datio in causis criminalibus und die Gründe, welche dazu geführt haben. — L. 17. §. 17. D. ad aed. ed. (21. 1.) Ulp. Lib. I. ad Ed. aed. cur. L. 11. §. 1. D. de evict. (21. 2.) Paulus Lib. VI. Respons. L. 200. D. de V. S. Julian. Lib. II. Digestorum . . . . . 121—123.

§. 4. C. Von der besonderen Gestaltung der noxae datio bei dem mit capitaler Strafe belegten furtum manifestum der

Seite

XII Tafeln. — Gellius XI. 18. — L. 10. pr. D. de condict. furt. (13. 1.) Ulp. Lib. XXXVIII. ad Edictum. — L. 7. §. 14. D. de pact. (2. 14.) Ulp. Lib. VII. ad Edictum L. 17. §. 1. D. eod. Paulus Lib. III. ad Edictum . . . . 123—128.

Fünfte Abhandlung:

Von der actio noxalis und der actio in solidum gegen den Herrn bei Privatdelicten seines Sklaven . . . . . 129—209.

Vorwort. Von dem mit Vermehrung der Sklaven wachsenden Bedürfnisse des Rechtsschutzes gegen ihre Delicte . . . . 129—133.

Erste Abtheilung. Die actio ex servi delicto in solidum und noxalis demselben Beklagten gegenüber.

§. 1. Von dem an den Sklaven ertheilten Befehle ein Privatdelict zu begehen, im Gegensatze zu der blossen Mitwissenschaft des Herrn. — Exegese der L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. XVIII. ad Edictum . . . . 133—137.

§. 2. (Fortsetzung.) Von der Mitwissenschaft des Herrn beim Privatdelict seines Sklaven im Gegensatze seiner ignorantia. — Sich widersprechende Bestimmungen der XII Tafeln und der Lex Aquilia. — Vereinigung beider durch die Jurisprudenz der classischen Zeit. . . . . 137—148.

§. 3. Von der juristischen Identität der actio in solidum und actio noxalis. — Consequenzen dieser Identität. — Exegese der L. 4. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus Lib. III. ad Edictum 148—155.

§. 4. (Fortsetzung.) Von der der actio noxalis entgegenstehenden exceptio rei judicatae nach abgewiesener actio in solidum sowie umgekehrt, und von dem möglichen Uebergange von der einen zur anderen vor beendigtem Verfahren. — Exegese der L. 4. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus Lib. III. ad Edictum . . . . . 155—167.

Zweite Abtheilung. Die actio ex servi delicto in solidum und noxalis verschiedenen Beklagten gegenüber.

§. 5. Einleitung. Uebersicht der in Betracht zu ziehenden Fälle 167—168.

§. 6. I. Von den Fällen, in denen der dominus conscius, ohne von der actio noxalis bedroht zu sein, seine dominica potestas auf einen Anderen übertragen hatte. — L. 7. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. XXXVII. ad Edictum. — L. 17. pr. D. eod. Paulus Lib. XXII. ad Edictum. — L. 11. §. 12. D. de act. emti (19. 1.) Ulp. Lib. XXII. ad Edictum . . . . . 168—173.

§. 7. II. Von den Fällen, in welchen der Beklagte mit der actio ex servi delicto belangt und in jure befragt zugab, Eigenthümer des delinquirenden Sklaven zu sein, während er es in Wirklichkeit nicht war. — L. 20. pr. D. de interrog. in jure (11. 1.) Paulus Lib. II. Quaest. — L. 8. D. eod. Paulus Lib. XXII. ad Edictum. — L. 26. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus Lib. XVIII. ad Edictum . . 174—185.

Seite

§. 8. (Fortsetzung.) Von dem Regressanspruche des quasi dominus gegenüber dem verus dominus und umgekehrt. — L. 22. D. de interrog. in jure (11. 1.) Scaevola Lib. IV. Digestorum. — L. 20. D. eod. Paulus Lib. II. Quaest. — L. 49. D. de neg. gest. (3. 5.) Africanus Lib. VIII. Quaest. 185—189.

§. 9. III. Von den Fällen, in welchen der von der actio noxalis Bedrohte die dominica potestas über den delinquirenden Sklaven dolo malo durch Veräusserung oder Manumission aufgegeben hatte, um auf diese Weise der Noxalklage zu entgehen. — L. 21. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. XXIII. ad Edictum. L. 22. §. 4. D. eod. Paulus Lib. XVIII. ad Edictum. Lib. 24. D. eod. Paulus l. c. L. 26. §. 4. D. eod. Paulus l. c. . . . . 189—192.

§. 10. IV. Von den Fällen, in welchen das Delict von einem servus communis begangen worden ist und die domini entweder sämmtlich ignorantes, oder theilweise scientes, theilweise ignorantes oder endlich sämmtlich scientes waren. A. Sämmtliche Eigenthümer des servus communis waren domini ignorantes. — L. 5. pr. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. III. ad Edictum. L. 20. pr. D. de interr. i. j. (11. 1.) Paulus Lib. II. Quaest. L. 14. §. 2. D. de servo corrupto. (11. 3.) . . . . . 193—199.

§. 11. B. Einige domini des servus communis waren scientes, einige ignorantes. — L. 5. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. III. ad Edictum. L. 9. D. eod. Paulus Lib. XXXIX. ad Edictum. L. 10. D. eod. Idem Lib. XXII. ad Edictum. L. 17. pr. D. eod. Idem l. c. L. 5. D. si fam. furt. fec. dic. (47. 6.) . . . . . 199—205.

§. 12. C. Sämmtliche Eigenthümer des servus communis waren domini scientes. — LL. 5. 9. D. citt. (9. 4.) L. 5. D. cit. (47. 6.) . . . . . 205—209.

Erste Abhandlung.

Zur Entwickelungsgeschichte der römischen Noxalklagen aus Privatdelicten der Sklaven und Haussöhne.

Während für Kapitalverbrechen, Polizeivergehen und Quasidelicte der Thäter unmittelbar selbst haftete, einerlei ob Freier oder Sklave[1]), paterfamilias oder filiusfamilias, und der in capitali causa zur Rechenschaft gezogene Sklave nach Verbüssung der Strafe, er hätte denn die Todesstrafe erlitten oder wäre in Folge seiner Verurtheilung in metallum oder in opus metalli oder in ludum venatorium servus poenae geworden, ebenso im Eigenthum seines Herrn verblieb, als nach seiner Freisprechung[2]), gleichviel ob der Herr dessen Vertheidigung ab-

1) L. 2. C. de accus. (9. 2.) Alex. Post probationem autem criminis non ipse dominus, sed servus pro suo delicto condemnationem sustineat. L. 4. C. de nox. act. (3. 41.) Diocl. et Max. verb. non contra dominum, sed contra eum servum, quem facinus commisisse proponis, hanc (criminis publici accusationem) instituere debes. L. 12. §. 3. D. de accus. (48. 2.) L. 28. §. 16. D. de poen. (48. 19.) §. 2. I. de obl. quae quasi ex del. n. (4. 5.) L. 1. §. 7. 8. D. de his qui effud. (9. 3.) L. 5. §. 5. D. de O. et A. (44. 7.) (Vgl. *Unterholzner*, Forderungsrechte, I. §. 210. S. 444. 445. N. d.) L. 17. §. 18. D. de aed. ed. (21. 1.) L. 1. pr. i. f. D. de incend. (47. 9.) Vgl. *Zimmern*, Die Noxalklagen, S. 134. *Hepp*, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts. S. 104. N. 25. *Rudorff*, Röm. Rechtsgeschichte. II. §. 48. N. 10. S. 162. und. §. 126. S. 423.

2) L. 8. §. 13. D. de poen. (48. 19.) Ulp. Sed sive in perpetua vincula fuerit damnatus servus sive in temporalia, eius remanet, cuius fuit, antequam damnaretur. - L. 8. §. 12. D. eod. Ulp. Servos in metallum vel in opus metalli, item in ludum venatorium dari solere, nulla dubitatio est; et si fuerint dati servi poenae efficiuntur; nec ad eum pertinebunt, cuius fuerint antequam damnarentur. Denique quum quidam servus in metallum damnatus beneficio Principis esset jam poena liberatus, Imperator Antoninus rectissime rescripsit, quia semel domini esse desierat servus poenae factus, non esse eum in potestatem domini postea reddendum.

gelehnt oder übernommen hätte[1]), berichten unsere Quellen, dass wir dem XII. Tafelgesetze bei Privatdelicten der servi und filiifamilias für die Fälle des furtum und der Vermögensschädigung die Einführung von Noxalklagen zu verdanken haben[2]), kraft deren der Herr und der Vater verpflichtet erschienen, die von ihrem Gewaltuntergebenen verwirkte litis aestimatio zu entrichten, wenn sie es nicht vorzogen den Delinquenten selbst dem durch das Delict Verletzten noxae zu geben[3]).

Unter diesen Verhältnissen tritt die Frage an uns heran, wie es vor den XII Tafeln im Falle eines vom Sklaven oder Haussohne an einem Dritten begangenen Privatdelictes gehalten worden sein mag? Dass das römische Recht jemals den Herrn resp. Vater ganz unbedingt verpflichtet hätte, die durch Privatdelicte ihrer vermögenslosen Gewaltuntergebenen verwirkten noch so grossen Geldstrafen oder Entschädigungssummen ohne weiteres zu bezahlen, dies zu behaupten dürfte wohl Niemand Neigung haben.

Auf welche Weise mag nun aber in Roms ältester Zeit diese

---

1) L. 13. D. de statu hom. (1. 5) L. 9. §. 1. D. qui et a quib. (40. 9.) L. 9. D. de jud. publ. (48. 1.) Marcian. Sciendum est, si in capitali causa suum servum reum crimine factum quis non defenderit, non eum pro derelicto haberi, et ideo, si absolutus fuerit, non liberum fieri, sed manere domini.

2) L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 2.) Ulp. Nam in lege antiqua (i. e. XII. Tab.), si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis, etc. Sed si placeat, quod Julianus libro octogesimo sexto scribit, si servus furtum faxit noxiamve nocuit, etiam ad posteriores leges pertinere, etc. [Cf. Festus. Ed. Müll. p. 174. Noxia, ut Ser. Sulpicius Rufus ait, in XII damnum significat. Grammatiker bei Serv. in Aen. I. 41. Ed. Bergk Marb. 1844. p. 17: quidam — noxia id quod nocitum accipiunt. *M. Voigt*, Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung etc. bezeichnender technischer lat. Ausdrücke. p. 126. 127.) Gaius IV. 76. Constitutae sunt autem noxales actiones, aut legibus aut edicto: legibus, velut furti lege XII tabularum. §. 4. I. de nox. act. (4. 8.)

3) Paulus S. R. II. 31. §. 7. Servus, qui furtum fecerit damnumque dederit, nisi id pro sui quantitate dominus sarcire sit paratus, noxae dedi potest. Gaius IV. 75. Ex maleficiis filiorumfamilias servorumve, veluti si furtum fecerint, . . noxales actiones proditae sunt, ut liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Pr. §. 1. I. de nox. act. (4. 8)

Härte gegen den Gewalthaber vermieden und zugleich den Interessen des durch das Delict verletzten Dritten genügt worden sein? [1])

Ein seit den frühesten Zeiten im Brauch gewesener internationaler und zugleich sacraler Vorgang, der als Ausfluss des herrschenden Princips erschien, dass, wer an einem fremden Volke sich vergangen, als Regel von diesem im eignen Lande zu richten war [2]), gibt uns die Lösung obiger Frage an die Hand [3]), die völkerrechtliche noxae datio des Frevlers an die beleidigte Nation. [4]) Bei der erweislich sacralen Färbung eines grossen Theils des

1) Der Gedanke an die Anwendung einer poena extraordinaria, L. 1. §. 3. D. de poen. (48. 19.), um das Sklavendelict nicht ungesühnt zu lassen, [cf. L. 4. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.) Paul. Ergo dolus servi impunitus erit? Quod est iniquum], muss deshalb zurückgewiesen werden, weil auf solche Weise dem Interesse des vom Sklavendelicte Betroffenen in keiner Weise Genüge geleistet gewesen wäre. Dazu kommt, dass poenae extraordinariae überhaupt erst der späteren Zeit angehören.

2) Dion. Hal. H. c. 51. S. 114, 43. c. 72. S. 131, 39. *Τοὺς ἐνόχους ταῖς αἰτίαις συλλαβόντας ἐκδότους τοῖς ἀδικηθεῖσι παραδίδοναι.* V. c. 50. S. 316, 48. IX. c. 60 S. 617, 11. XV. c. 10. S. 740, 45. (Die Capitelzahlen sind die der Reiskeschen Ausgabe, die Seiten und Zeilen die der Sylburgschen. Leipzig. 1691.) Liv. I. §. 32. Inde Jovem testem facit: Si ego injuste impieque illos homines illasque res dedier nuncio populi Romani mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse. VIII. 39. De eo coacti referre praetores decretum fecerunt; Ut Brutulus Papius (haud dubie proximarum induciarum. ruptor) Romanis dederetur, etc. XXI. 6. Legati . . missi . . ad Hannibalem . ad ducem ipsum in poenam foederis rupti deposcendum XXXI. 10. verb. (Hamilcarem) dedendum populo Romano esse. Epit. XV. Quum legatos Apolloniatium ad senatum missos quidam juvenes pulsassent, dediti sunt Apolloniatibus. Val. Max. VI §. 5. Legatos ab urbe Apollonia Romam missos Q. Fabius et Cn. Apronius aediles, orta contentione, pulsaverunt. Quod ubi comperit, continuo per fetiales legatis deditit quaestoremque cum iis Brundusium ire jussit, ne quam in itineri a cognatis deditorum injuriam acciperent. Zonaras VIII 7. p. 380, c. — Vgl. *Niebuhr*, Römische Geschichte II. S. 236. Note 467. *C. Sell*, Die Recuperatio der Römer. S. 145. 155 ff. *Osenbrüggen*, De jure belli et pacis Romanorum. p. 35 *Schwegler*, Römische Geschichte. II. S. 388.

3) Vgl. *Danz*, Der sacrale Schutz. S. 116. „Es ist eine bekannte Thatsache, dass für gleiche oder mindestens ähnliche Zwecke der internationale und der privatrechtliche Verkehr im Alterthum häufig ihre Formen gegenseitig von einander entlehnten." Ebendas. S. 186. 197.

4) *Dirksen*, Civil. Abhandlungen I. 104. Auch *Jhering*, Geist des röm. Rechts. I. S. 131. (III. Aufl.) setzt diese völkerrechtliche deditio mit der privatrechtlichen noxae datio in Verbindung. Vgl. auch *v. Bethmann-Hollweg*,

Strafrechts [1]) und Privatrechts [2]), darunter namentlich des Familienrechts in Roms ältester Zeit [3]), liegt, wenn man noch dazu die auffallende Gleichheit der sacralen Verfassung der ältesten römischen Familie und des durch deren Erweiterung entstandenen Staates in Betracht zieht [4]), die Annahme nahe, dass wie dieser als organische Einheit dem jus sacrum zufolge durch das Vergehen eines seiner Bürger an der fremden Nation [5]) in Mitleiden-

---

Civilprocess. II. §. 100. S. 415. N. 40. *v. Wyss*, Die Haftung für fremde Culpa nach röm. Rechte. S. 22. *Kuntze*, Excurse. S. 454. *Demelius*, Die Exhibitionspflicht. S. 145. — Ueber die völkerrechtliche deditio vgl. *C. Sell*, a. a. O. S. 139, 144 f. *W. A. Becker*, Handbuch der röm. Alterthümer. II. 1. S. 105. 106.

1) *Rein*, Criminalrecht der Römer. S. 26 f. *Jhering*, a. a. O. S. 275.

2) *Puchta*, Institutionem. I. §. 41. g. d. E.

3) *Jhering*, a. a. O. S. 290. *Lange*, Römische Alterthümer. I. §. 30. „Die Familie nach aussen und nach innen" *Rossbach*, Die römische Ehe. S. 13.

4) *Becker-Marquardt*, Handb. der röm. Alterth. IV. S. 209. *Rossbach* a. a. O. S. 12—16. *Lange* a. a. O. §. 44. „Familienrechtliche Grundlage des Staatsrechts." Vgl. auch *Böcking*, Pand. §. 43. S. 219. Anmerkung: „Parallele zwischen der Gestaltung des römischen Staates und der römischen Familie." *Hartung*, Die Religion der Römer. I. S. 74. „Der Staat ist nichts weiter als eine grosse Familie."

5) Dahin gehört, dass ein Römer das beiderseits beschworene Bündniss brach, [ἔκσπονδον, Vertragsbruch, foedus ruptum, ruptor foederis. Liv. I. 21. VII. 20. XXI. 6. XXXI. 17. Cf. Cic. de off. III. 31. § 111.] oder sich an einem auswärtigen Gesandten gegen das jus gentium vergriff, [Liv. V. 36. IX. 10. fetialem a se contra jus gentium violatum, XXXVIII. 42. Ep. XV. Val. Max. VI. 6. 5. Non. Marc. XII. 43. L. 17. D. de legation. (50. 7.) Cf. Liv. IX 11.], oder als Feldherr eine sponsio abgeschlossen hatte, die in Folge verweigerter Sanction des Volkes oder Senates unerfüllt blieb. Liv. IX. 9. Neque ego infitias eo, Patres conscripti, tam sponsiones quam foedera sancta esse apud eos homines, apud quos juxta divinas religiones fides humana colitur. (Dass die sponsio ein solennes Versprechen mit religiöser Zuthat, oder mit religiösem Bindemittel und zwar dem Eide gewesen, darüber vergl. *Huschke*, Servius Tullius. S. 603. *Jhering*, a. a. O. §. 18. S. 275. *Danz*, Der sacrale Schutz. S. 105.) Liv. IX. 5. 8. 10. A. Cornelius Arvina fetialis ita verba fecit: Quandoque hice homines injussu populi Romani Quiritium foedus ictum iri sposponderunt, atque ob eam rem noxam nocuerunt, ob eam rem, quo populus scelere impio sit solutus, hosce homines vobis dedo. Cic. Top. 8. de orat. I. 40. §. 181. de off. III. 30. §. 109. *C. Sell*, a. a. O. S. 156. Anm. 1.

schaft gezogen wurde[1]), so auch auf der römischen familia[2]) als einem unter dem Schutze gemeinschaftlicher Götter stehenden[3]),

---

1) Vgl. Cic. pro Caec. c. 34. §. 98. Ut religione civitas solvatur, civis romanus traditur (a patre patrato.) Liv. IX. 6. 8. Dedamur per fetiales nudi vinctique . . exsolvamus religione populum, si qua obligavimus, ne quid divini humanive obstet, quominus iustum piumque de integro ineatur bellum. c 11: „civitas obligata sponsione commissa." — VIII. 39. Die Samniter finden den Grund ihrer Niederlage a. u. 432. darin, dass sie durch den bundeswidrig gegen die Römer unternommenen Krieg den Zorn der Götter auf sich geladen hätten. (Minime id quidem mirum esse, si impio bello et contra foedus suscepto, infestioribus merito Diis quam hominibus, nihil prospere agerent.) Um die erzürnten Götter zu versöhnen, wurde beschlossen: Ut Brutulus Papius haud dubie proximarum induciarum ruptor Romanis dederetur, et cum eo praeda omnis Romana captivique ut Romam mitterentur; quaeque res per fetiales ex foedere repetitae essent, secundum jus fasque restituerentur. Die Römer gehen aber auf die angebotene deditio nicht ein, und darauf lässt Livius (IX. 1.) den Samniter Caius Pontius seinem Volke gegenüber also sprechen: Ne nihil actum hac legatione censeatis, expiatum est, quidquid ex foedere rupto irarum in nos coelestium fuit . . . . Quid enim ultra fieri ad placandos Deos mitigandosque homines potuit, quam quod nos fecimus? Res hostium in praeda captas . . . remisimus: auctores belli, quia vivos non potuimus, perfunctos jam fato dedimus: bona eorum, ne quid ex contagione noxae remaneret penes nos, Romam portavimus. Vgl. *Danz*, a. a. O. S. 205 f.

2) Familia ist die Hausgenossenschaft, Hausangehörigkeit in weitester Bedeutung, Lebendiges und Unlebendiges, Personen und Sachen umfassend. L. 40. §. 2. 3. L. 195. 196. D. de V. S. Gaius II. 102. 104. 109. 115. sq. — Dass das Wort den drei vornehmsten italischen Dialecten gemeinschaftlich ist, lateinisch famulus, familia, oskisch famel, famelo (*Huschke*, Oskische Denkmäler. S. 190), umbrisch fameria, Paul. Diac. ex Fest. s. v. familia, famulus, und dass sich als vermittelndes Glied dieser Wörter das oskische „fâmat", „wohnt" darbietet, so dass ihre Grundbedeutung auf das Zusammenwohnen hinweist, ganz so, wie im Griechischen *οἰκέω*, wohnen, *οἰκία* (*οἶκος*) Haus, Wohnung, Hausgenossenschaft, Hausgesinde (*οἰκέτης*, ursprünglich Hausgenosse, aber dem herrschenden Sprachgebrauche nach Hausklave), [cf. Servius in Verg. Aen. XI. 143. Alii tradunt, de filiis, qui in potestate patris sint, non putari jus esse funus vocari fierique, quia servi loco sint parenti), darüber siehe die gründliche Ausführung bei *Rossbach*, a. a. O. S. 14. 22. 42. Vgl. auch *Jhering*, a. a. O. II. 1. §. 32. S. 167. *Böcking*, Pand. I. §. 42. Anm. 1.

3) Cic. pro domo c. 41. i. f. Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus unius cuiuscunque civium? Hic arae sunt, hic foci, hic Dii penates, hic sacra, religiones, ceremoniae continentur; hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit. *Lange*,

enggeschlossenen einheitlichen Organismus[1]) durch Delicte ihrer Glieder, der filiifamilias und der servi[2]) an Dritten eine sacrale Mitschuld lastete, die in beiden Fällen in gleicher Weise auf Verlangen des Verletzten durch Ausscheidung des Uebelthäters aus Staat, Haus (domus — dominus — herus — Hausherr)[3]) und Familie (familia — paterfamilias — Hausvater) gesühnt wurde, indem ihn dort der pater patratus als Priester des Staates, hier der dominus und paterfamilias als Priester seines Hauses, seiner Familie[4]) dem beleidigten Theile zu beliebiger Bestrafung überliess[5]), um auf diese Weise den Zorn der Götter ferne zu

---

a. a. O. §. 30. S. 84. *Jhering*, a. a. O. S. 290. *Becker-Marquardt*, a. a. O. S. 208. *Rossbach*, a. a. O. S. 13. „Eine jede Familie war eine selbständige religiöse Gemeinde." Ueber die Theilnahme der Sklaven am Jus sacrum vgl. des Verfassers zweite Abhandlung. S. 31. Note 2.

1) *Lange*, a. a. O. I. §. 30. S. 84. (Dritte Aufl. S. 107.) „Die Familie (bildete) noch eine in sich durchaus abgeschlossene selbständige Einheit. Diese Einheit zeigt sich darin, dass der Wille des Hausvaters als Wille der Familie gilt. Er ist in einer Person Oberkönig, Oberpriester, und man verstatte einstweilen den Ausdruck, Eigenthümer der Familie. Der Verkehr der Familien unter einander ist nach Analogie des späteren Völkerrechts aufzufassen." S. 85. *Rossbach*, a. a. O. S. 12. „Die römische Familie steht als eine selbständige Körperschaft unabhängig vom Staate da." Vgl. auch *Pernice*, Ant. Labeo. S. 110. III. 1.

2) L. 195. §. 3. D. de V. S. Ulp. Servitutum quoque solemus appellare familias .... familiae appellatio omnes servos comprehendit, sed et filii continentur. Dig. XLVII. 6. Si familia furtum fecisse dicatur. — Cf. Sen. Ep. 47. §. 14. Dominum patremfamilias appellaverunt, servos, quod etiam in mimis adhuc durat, familiares. Macrob. Sat. I. 11, 11. Plaut. Epid. I. 1. 2. Amphit. I. 4. 203. Mil. II. 3. 80. Colum. I. 3. Cic. Paradoxa V. 2 §. 36 f. Paul. Diac. ex Fest. p. 86 Ed. Müll. s. v. Familia, postea hoc nomine etiam famuli appellari coeperunt, permutata I cum litera U. Vgl. *Becker*, Gallus. Dritte Ausgabe *v. Rein*, 1863. II. S. 100. „Wie schon Aristoteles (de rep. I. 3.) sagt: *οἰκία δὲ τέλειος ἐκ δούλων καὶ ἐλευθέρων*, so ist auch bei den Römern ein eigentlicher Hausstand ohne Sklaven nicht denkbar." *Lange*, a. a. O. §. 30. S. 85.

3) L. 195. §. 2. D. de V. S. Ulp. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet. Dion. II. 26. 27.

4) Cato de re rust. 143. Scito dominum pro tota familia rem divinam facere.

5) Vgl. *Jhering*, a. a. O. S. 275. Anm. 177. „Beruhte der Name des pater patratus, der den Eid ableistete, vielleicht auf der Idee, dass er das Volk nach aussen hin ebenso vertrete, wie der Vater seine Kinder? Die völkerrechtliche noxae datio wäre dadurch von Seiten des Vaters auf denselben Ge-

halten [1]), der sonst die den Frevler der Bestrafung Entziehenden getroffen haben würde [2]).

Hatte sich die Sache vor den XII Tafeln also verhalten [3]), so war die Einwirkung der Decemvirn auf die noxae datio der filiifamilias und servi eine zwiefache, indem sie dieselbe zunächst

---

sichtspunkt zurückgeführt." Eine Unterstützung findet diese Auffassung auch noch durch Cicero pro Caecina c. 34, wenn es daselbst heisst: Quid? quem pater patratus dedidit, aus suut pater populusve vendidit, quo is jure amittit civitatem? Ut religione civitas solvatur, civis Romanus traditur: qui quum est acceptus, est eorum, quibus est deditus: . . . Si pater vendidit eum, quem in suam potestatem acceperat, ex potestate dimittit. — *Jhering*, a. a. O. zeigt sich nicht abgeneigt, die noxae datio noch über das Bereich der dominica und patria potestas hinaus auf das Verhältniss des Patrons zu seinem Clienten in Anwendung zu denken.

1) Dass Gott wegen Meineids und Blasphemieen Einzelner, falls sie nicht bestraft würden, ganze Städte untergehen lasse, spricht noch Justinian in Nov. 77. cap. 1. aus.

2) Bei völkerrechtlichen Conflicten zweier Völker, in Folge deren die Fetialen ad res repetendas ausgesendet wurden, galt nach der uns von Livius (I. 32) überlieferten Anrufungsformel der Götter der zur Satisfaction aufgeforderte populus solange als injustus, impius, bis er jus persolvit, d. h. bis er den Schuldigen, der sich an dem anderen Volke vergangen, demselben zur Bestrafung überliefert (sontes dedit), oder wegen des angerichteten Schadens sich sonst abgefunden hatte. *Danz*, a. a. O. S. 192. 193. Man merke auf die Uebereinstimmung der Ausdrücke bei der privatrechtlichen und völkerrechtlichen noxae datio. L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) verb. nam in lege antiqua (XII tab.) . . si servus (furtum faxit) noxiam (ve) nocuit. Liv. IX. 10. Quandoque hice homines . . ob eam rem noxas nocuerunt, hosce homines vobis dedo, (quo populus scelere impio sit solutus). Bei Ovid. Fast. I. v. 359 fg. findet sich die Anspielung: Noxae tibi deditus hostis — Culpa sui nocuit. *Jhering*, a. a. O. S. 131. Bei der völkerrechtlichen Forderung der Auslieferung des Friedbrechers wurde der Fluch der Götter aufs eigene Haupt für den Fall herabgerufen, dass das Verlangen kein gerechtes sei. Liv. I. 32. Es dürfte dem ältesten römischen Sacralrechte die Annahme entsprechen, dass ursprünglich, um leichtfertigen Eingriffen in fremde Familienkreise durch Behauptung ihrer Mitschuld in Folge von angeblichen Delicten ihrer Angehörigen zu begegnen, auch bei der privatrechtlichen noxae datio der sie mit Unrecht Verlangende einer sacralen Sühne unterlag.

3) Auch *Dirksen*, Civil. Abhandlungen I. S. 104 geht davon aus, dass die Noxalklagen bis zu den XII Tafeln die absolute Forderung auf Auslieferung der schadenbringenden Person zum Zwecke der Ausübung der Privatrache enthalten zu haben schienen. Des Zusammenhangs dieses Vorgangs mit dem jus sacrum gedenkt Dirksen nicht.

ihrer sacralen Färbung entkleidend zu einem rein privatrechtlichen Institute umwandelten [1]), und dann, indem sie ihr einen vermögensrechtlichen Charakter beilegten, der bisher hinter dem der Privatrache gänzlich zurückgetreten war [2]), weil es sich lediglich darum gehandelt hatte, die statuendi potestas des seitherigen Gewalthabers auf den vom Delict Betroffenen zu übertragen [3]), um ihm auf diese Weise die Möglichkeit zu verschaffen, seinem verletzten Rechtsgefühle ohne weitere Vermittlung des Richters selbst durch excentrische Strafen Genüge zu verschaffen [4]).

Wie sehr nun aber auch diese Befriedigung des persönlichen Rachegefühls dem Bildungsgrade des römischen Volkes in ältester Zeit entsprochen haben mag [5]), mit dem wachsenden Bedürfniss einer festen Rechtsordnung, einer gesetzlichen Regelung der privatrechtlichen Beziehungen erschien diese Form der Selbsthülfe als ihrem innersten Wesen nach maasslos, jeder Rücksicht auf die

---

1) Vgl. *Puchta*, Institutionen. I. §. 54. S. 167. „Diese Entwickelung des Privatrechts zur Selbständigkeit und das Zurücktreten des öffentlichen mit dem heiligen Recht in sein eigen Gebiet, ist durch das Gesetz der XII Tafeln zum ferneren Abschluss gekommen."

2) *E. I. Becker*, Die Aktionen. I. S. 160. — Wenn *v. Wyss*, a. a. O. S 23, sagt, „die noxae datio hatte demnach ihre zwei Seiten, 1) die erörterte civilrechtliche als Gegenstand des gegen den Herrn gerichteten Privatanspruchs, 2) die strafrechtliche, als auf die körperliche Bestrafung des Sklaven selbst abzielende Maassregel", so setzt er sich dadurch mit seiner eigenen Theorie von der ausschliesslichen Eigenschaft des delinquirenden Sklaven „als blossen Forderungsobjectes" (S. 17) in Widerspruch. Wenn „der dominus aus der noxa des „Sklaven in erster und letzter Linie haftet, allein verantwortlich ist", woher kommt dann die Straffälligkeit des Sklaven, für welche v. Wyss selbst (S. 24) die Stellen: L. 2. §. 1. D. de nox. act. quemadmodum servi factum excusabimus? L. 4. §. 2. eod. ergo dolus servi impunitus erit? heranzieht? — Darum ist ja aber doch die Bestrafung des Sklaven noch nicht ein Bestandtheil, ein Stück der noxae datio, (*Bechmann*, Krit. Vierteljahrsschr., X 1868. S. 317), sondern die Entziehung der noxae datio eine poena des Herrn. L. 26. §. 5. D. h. t. (9. 4.)

3) Vgl. L. 29. D. de nox. act. (9. 4.) Gaius: habenti in potestate ... necesse est jus suum ad actorem transferre. *E. I. Bekker*, a. a. O. I. S. 186. a. E.

4) L. 17. pr. D. de furt. (47. 2.) Ulp. Neque enim, qui potest in furem statuere, adversus furem litigare. *Geib*, Criminalprocess, S. 83. Criminalrecht. S. 29 *Jhering*, Geist des röm. Rechts. I. §. 11 a. (Dritte Auflage.) S. 131. *v. Wyss*, a. a. O. S. 22. 23.

5) *E. I. Bekker*, a. a. O. I. S. 183.

Grösse der Verletzung baar, nur in der vollen Erschöpfung der erregtesten Leidenschaft eine Grenze findend für die Zukunft unerträglich [1]).

Was Noth that, war, den bei Privatdelicten eines unabhängigen Freien vorwaltenden, rein objectiven vermögensrechtlichen Gesichtspunct, wornach der Umfang der verwirkten Geldstrafe und das Maass des zu ersetzenden Schadens, mit anderen Worten, die Grösse der zu leistenden litis aestimatio in jedem Einzelfalle von der Grösse des Erfolges des begangenen Unrechts abhängig war, auch den Privatdelicten der Gewaltuntergebenen im Interesse des Verletzten zu vindiciren, ohne aber dadurch den Gewalthaber über Gebühr zu belasten. Und aus diesem Dilemma fanden denn die Verfasser der XII Tafeln in höchst taktvoller Weise den auch noch für andere Fälle prototypischen Ausweg, dass sie bei den zwei hervorragendsten das Vermögen schädigenden Privatdelicten, dem furtum (nec manifestum) [2]), [actio furti,

1) Vgl. Liv. I. 28. in aliis gloriari licet, nulli gentium minores placuisse poenas. *Platner*, De jure crim. Rom. p. 75—81. *Geib*, Criminalrecht. S. 27.

2) L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. verb. Nam in lege antiqua (XII Tab.), si servus sciente domino furtum fecit, servi nomine actio est noxalis. Gaius IV. 76. Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto: legibus furti lege XII Tabularum etc. §. 4. I. de nox. act. (4. 8.) — Für das furtum manifestum liessen die Decemvirn noch den vorher eingenommenen Standpunkt fortbestehen, indem sie ohne alle Rücksicht auf die Grösse des Objects des Furtums im concreten Falle den fur, wenn er ein Freier war, nach vorheriger Geisselung dem davon Betroffenen als Sklaven zusprachen [Gaius III. 189. Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat: nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat], war er ein Sklave, ihn gegeisselt vom Tarpejischen Felsen herabstürzen liessen. Gellius XI. 18. Servos item furti manifesti prensos verberibus affici et a saxo praecipitari. — Lange konnte sich aber auch hier diese Härte und gleichzeitige Inconsequenz nicht erhalten, und daher dürfte denn eine der frühesten derogatorischen Einwirkungen auf das Zwölftafelrecht von Seiten des Prätors die gewesen sein, dass er in den Fällen des furtum manifestum sowohl bei Freien wie bei Sklaven die poena quadrupli an die Stelle der bisherigen Capitalstrafe treten liess und ihr damit den Charakter einer Noxalklage beilegte. Gaius III. 189. sed postea improbata est asperitas poenae (capitalis) et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est. IV. 111. furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris jurisdictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito, cum tantum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.

actio si servus (filius) furtum faxit s. fecisse dicatur][1]) und den rupitiis, der noxia [actio de rupitiis sarciendis[2]), actio si servus (filius) noxiam nocuit, nocuisse dicatur][3]) die bisherige un-

1) L. 2. §. 1. D. cit. verb. si servus furtum faxit. Rubr. Dig. XLVII. 6. Si familia furtum fecisse dicatur, vgl. m. L. 1. pr. D. si quadr. (9. 1.) Ulp. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, ex lege XII Tabularum descendit.

2) Vgl. *C. Sell*, Die actio de rupitiis sarciendis der XII Tafeln und ihre Aufhebung durch die Lex Aquilia. Bonn 1867. 8. — An diese generelle Ersatzklage im Falle durch Menschen zugefügter Vermögensbeschädigungen schliessen sich in den XII Tafeln noch zwei weitere specielle Gestaltungen von Schadensersatzklagen mit noxalem Charakter an, 1) die actio de arboribus caedendis, und 2) die actio pluviae arcendae. — Ad. 1. L. 1. D. arborum furtim caesarum (47. 7.) Paulus: Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabulis dandam actionem Labeo ait. L. 5. §. 1. cod Paulus: Eius actionis eadem causa est, quae est legis Aquiliae. — L. 7. §. 5. eod Ulp. Quodsi servo non praeceperit dominus, sed ipse sua voluntate id admiserit, Sabinus ait, competere noxale, ut in ceteris maleficiis. Cf. L. 7. pr. Furtim caesae arbores videntur, quae ignorante domino celandique eius causa caedantur. §. 1. Necesse hanc furti actionem, scribit Pedius, quum et sine furto fieri possit, ut quis arbores furtim caedat. Cf. Gaius IV. 11. *C. Sell*, l. c. p. 11. N. 1. — Ad. 2. L. 21. pr. D. de stat. lib. (40. 7.) Pomponius: verb. sic et verba legis duodecim Tabularum Veteres interpretati sunt: SI AQUA PLUVIA NOCET, id est, si nocere poterit. — In L. 22. §. 2. D. de aqua (39. 3.) wird die actio pluviae arcendae von Pomponius actio legitima genannt. — L. 5. D. ne quid in loc. publ. (43. 8) Paulus: Si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit actio privata ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino caveatur. Cic. Top. c. 9. Wurde das Werk, welches den Wasserlauf in einer dem Nachbar-Grundstücke Gefahr drohenden Weise veränderte, von einem Sklaven ohne Wissen seines Herrn vorgenommen, so musste dieser letztere in Folge der actio pluviae arcendae auf eigene Kosten den früheren Zustand wiederherstellen oder den Sklaven noxae geben, in welch' letzterem Falle es dann dem Nachbar überlassen blieb, die Gefahr drohende Anlage selbst zu beseitigen. — Für die Fälle, in denen von Thieren ohne Wissen und Schuld ihres Herrn Vermögensschädigungen hervorgebracht wurden, erkennen die XII Tafeln noch zwei weitere Noxalklagen an, indem sie den Herrn wie bei den vom Sklaven begangenen Delicten dafür verantwortlich machten, die actio de pauperie, wenn das Thier contra naturam sui generis Schaden angerichtet, Dig. IX. 1. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, insbesondere L. 1., und die actio de pastu, wenn das Vieh ohne Verschulden seines Herrn auf fremden Grund und Boden eingedrungen ist und daselbst geweidet hat. Paul. Sent. rec. I. 15 1. L. 14. §. 3. D. de praescr. verb. (19. 5.)

3) L. 2. §. 1. D. cit. verb. si servus (furtum fecit vel aliam)

bedingte Verpflichtung des Gewalthabers zur sofortigen noxae datio des delinquirenden Gewaltuntergebenen in eine eventuelle Berechtigung des ersteren für den Fall verwandelten [1]), dass ihm die Erfüllung der auf Grund des Rechts-

---

noxiam commisit . . . si servus (furtum faxit) noxiam (ve) nocuit. Festus. M. p. 174. Noxia, ut Servius Sulpicius Rufus ait, in XII damnum significat. L. 9. D. de incend. (47. 9.) Gaius lib. IV. ad Leg. XII Tab. verb. noxiam sarcire jubetur. Cf. Coll. LL. Mos. et Rom. XII. 2. 2; 3. 1, 6. sarcire damnum.

1) L. 1. 8. 21. 22. §. 3. L. 33 D. de nox. act. (9. 4.) Pr. I. eod. (4. 8.) — Vgl. *Dirksen*, Civil. Abhandl. S. 104. *Jhering*, Geist des röm. Privatrechts I. S. 186. *Bechmann*, Anzeige von *Wyss*, Haftung für fremde culpa, in Münchener Vierteljahrschr. X. S 316. *Huschke*, Die Multa und das Sacramentum. S. 173 N. 84. — Diesen Hergang verkannt zu haben, ist der Vorwurf, welcher *Zimmern*, Noxalklagen (vgl. S. 37. 38. 156) und *Hepp*, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts. 1838 (vgl. S. 103) trifft, wenn sie bis ins neuere Recht hinein das caput nocens im Momente der Verletzung dem Verletzten von Rechtswegen verfallen und die noxae datio nicht als eine Vergünstigung des Beklagten, sondern als ein Recht des Klägers betrachten, [*Zimmern*, a. a. O. S. 38 „Dies ist der Grund der dem Eigenthümer gestatteten Wahl zwischen noxae datio oder litis aestimatio." S. 156. „Klage und Antheil ist mithin alternativ"], während unsere Quellen doch gerade das Gegentheil bezeugen, indem sie wiederholt darauf hinweisen, dass die noxae datio nur ein Mittel sei, um den Beklagten vor der Iniquität sicher zu stellen, in der litis aestimatio mehr leisten zu müssen, als ihm der delinquirende Sklave werth sei. L. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Gaius IV. 75. §. 2. I. de nox. act. (4. 8.) Summa autem ratione permissum est noxae deditione defungi: namque erat iniquum etc. L. 2. pr. D. de nox. act. (9. 4.) L. 2. D. de eo per quem factum (2. 10.) L. 7. §. 1. D. de damn. inf. (39. 2.) L. 61. §. 5. D. de furt. (47. 2.) — Wenn die noxae datio „ein Recht des Klägers gewesen" wäre, wie hätten sie dann unsere Quellen als facultas noxae dedendae, quae condemnatus ex lege accipit, bezeichnen, und von ihr sagen können, dass sie in solutione sei, quae e lege tribuitur, (und nicht in obligatione). L. 6. §. 1. D. de re jud. (42. 1.) — Auch *v. Wyss*, a. a. O. S. 20. versteht die alternative Haftung des dominus so, dass noch nach den XII Tafeln die noxae datio in erster Linie von ihm hätte gefordert werden können, und verkennt damit den historischen Entwickelungsgang der letzteren. — Zu seiner Rechtfertigung zieht er als durch Analogie beweisend die Stelle Ulpians (L. 1. pr. D. si quadr. paup. fec. dic. 9. 1.) heran, worin es mit Bezug auf die actio si quadr. paup fec. dic. vom XII Tafelgesetze heisst: quae lex voluit aut dari id quod nocuit aut aestimationem noxiae offerri. Allein damit ist ja nichts weiter gesagt, als dass sowohl durch noxae datio als durch Prästation der litis aestimatio dem XII Tafelgesetze in ganz gleicher Weise genügt sei, aber ohne jedwede Andeutung einer Priorität

satzes: Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet [1]) auferlegten Verbindlichkeit zur Leistung der litis aestimatio im einzelnen Falle zu beschwerlich und drückend erscheinen sollte [2]). — Auf diese Weise war dem Interesse beider Theile genügt: dem des vom furtum und den rupitiis, der noxia Betroffenen dadurch, dass sie in erster Linie fordern konnten, was sie hätten erlangen können, wenn der Delinquent ein homo sui juris gewesen wäre, dem Interesse des Vaters und Herrn, indem ihnen in der Entrichtung der litis aestimatio ein Mittel geboten war, einen geliebten Sohn, einen werthvollen Sklaven sich zu erhalten [3]), ohne bei der lediglich von ihrem Willen abhängigen noxae datio grösseren Schaden leiden zu müssen, als ihnen das Verbleiben des filiusfamilias und servus in dem bisherigen Gewaltverhältniss werth war [4]).

---

der ersteren vor letzterer. Ueber das Verhältniss beider zu einander muss man andere Stellen zu Rathe ziehen, und unter diesen steht im Vordergrund der das Wesen der Noxalklagen ganz generell bezeichnende Ausspruch des Gaius (L. 1. D. de nox. act. 9. 4.) Quarum (noxalium) actionum vis ac potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem.

1) L. 149. D. de R. J. L. 10. D. eod. — Vgl. L. 67. §. 4. D. de furt. (47. 2.) Celsus: plerumque eius generis servorum furtis peculia eorum augentur. L. 13. §. 1. D. de acq. v. am. poss. (41. 2.) L. 3. §. 12. D. de pec. (15, 1.) Ulp. verb. iniquissimum est et ex furto servi dominum locupletari impune.

2) Es liegt die Annahme nahe, dass der soeben geschilderte Entwickelungsgang der beiden Noxalklagen der XII Tafeln, der actio furti und actio de rupitiis sarciendis auch bei den beiden anderen durch dieses Gesetz eingeführten Noxalklagen der actio de pauperie und der actio de pastu L. 1. pr. D de quadr. paup. f. d. (9. 1) L. 14. §. 3. D. praescr. verb. (19. 5.) ein analoger gewesen sei, indem in ältester Zeit das contra naturam sui generis Schaden zufügende Thier, das auf fremdes Gebiet eindringende und daselbst weidende Vieh dem Beschädigten sofort herausgegeben werden musste, während nach den XII Tafeln beide Klagen zunächst auf die litis aestimatio gerichtet wurden und die noxae datio ins Belieben des Beklagten gestellt blieb.

3) L. 39. pr. D. de her. pet. (5. 3.) Gaius: servorum gratia litis aestimatio solvitur, quum id utilius sit, quam ipsos dedi. L. 16. pr. D. de pecul. leg. (33. 9.) African. verb. (quidquid) damnatus litis aestimationem solvit, pro capite servi praestitum (est)

4) L. 2. D. de eo per quem (2. 10.) Paulus: nec factum servi domino obesse debere, nisi hactenus, ut ipso careat, quando ipse nihil deliquit.

Für geraume Zeit nach den XII Tafeln dürfte mit Grund anzunehmen sein, dass der noxae gegebene Haussohn und Sklave dem Empfänger als mancipium resp. servus in gleicher Weise bleibend verfallen war; bis nach und nach, erweislich zur Zeit der Classiker, der vermögensrechtliche Gesichtspunkt zunächst bei der noxae datio des filiusfamilias in dem Maass in den Vordergrund trat, dass letzterer, nachdem der Betrag der verwirkten litis aestimatio von ihm abverdient oder auf sonstige Weise berichtigt war, verlangen konnte aus dem mancipium entlassen zu werden[2]). Im neueren römischen Recht ist dieses Sachverhältniss sogar beim servus noxae deditus zur Anwendung gekommen, indem auch dieser, wenn er den durch sein Delict erwachsenen Schaden ausgeglichen hatte, selbst gegen den Willen seines nunmehrigen Herrn durch den Praetor seine Freilassung erzwingen konnte[3]). In beiden Fällen kehrte nach stattgehabter Manumission der durch noxae datio einmal preisgegebene Sohn und Sklave nicht wieder in das frühere Gewaltverhältniss zurück[4]): ein

---

L. 7. §. 1. D. de damn. inf. (39. 2.) L. 61. § 1. D. de furt. (47. 2.) Gaius IV. 75.

1) Vgl. Gaius I. 123. 138. Ii qui in causa mancipii sunt . . servorum loco habentur. II. 160. III. 114. Theoph. I. 12. 6. L. 3. §. 1. D. de cap. dem. (4. 5.) Erst nach und nach hat sich das Verhältniss des mancipium „durch zeitliche Beschränkung (Gaius I. 140) und Anerkennung einer gewissen Selbständigkeit des liberum caput im Verhältniss zu dem Gewalthaber (Gaius I. 141) abgeschwächt" — („Unerörtert mag . . . die Untersuchung bleiben, ob die mancipatio liberorum nicht im ältesten Rechte wirkliche Sklaverei begründet hat.") *Mandry*, Das gemeine Familienrecht. I. S. 133 §. 3. I. de nox. act. (4. 8.) Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus, servum noxae dedendo liberatur, nec minus perpetuum eius dominium a domino transfertur. Theoph. ad h. l.

2) Gaius I. 140. quem pater ex noxali causa mancipio dedit, velut qui furti eius nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit: nam hunc actor pro pecunia habet. Coll. LL. Mos. et Rom. II. 3. 1. Papin. Per hominem liberum noxae deditum, si tantum adquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a praetore, qui noxae deditum occepit, sed fiduciae judicio non tenetur.

3) §. 3. I. de nox. act. (4. 8.) Dominus, noxali judicio servi sui nomine conventus servum noxae dedendo liberatur nec minus perpetuum dominium a domino transfertur; si autem damnum ei, cui deditus est, resarcierit quaesita pecunia, (cf. L. 4. §. 1. D. de manum. 40. 1.) auxilio praetoris invito domino manumittetur.

4) Theoph. ad §. 3. I. cit. *οὐ γὰρ λέγομεν, ὅτι διὰ τῶν οἰκείων ὀπερῶν*

Grund mehr für den paterfamilias und dominus lieber die litis aestimatio zu entrichten als zur noxae datio zu schreiten[1]), weil der Haussohn und Sklave ja auch bei ihnen den Betrag der ersteren bald abverdient hatten und sie dann deren Arbeitskraft für die Zukunft doch nicht entbehren mussten.

Kehren wir nunmehr wieder zu den zwei wichtigsten durch die XII Tafeln geschaffenen Noxalklagen, der actio furti (nec manifesti) noxalis und der actio de rupitiis sarciendis noxalis zurück, so musste sich bald herausstellen, dass, wenn schon eine exacte Begriffsbestimmung vom furtum in gedachtem Gesetze vermisst wurde[2]), dann doch noch mehr bei vorkommenden Vermögensschädigungen in Folge des vorzugsweise für die der homines sui juris gebräuchlichen Ausdruckes: „rupitiae" und des vorzugsweise bei denen der homines alieni juris üblichen Wortes „noxia" Missverständnisse geradezu unvermeidbar waren, indem die auf ein „Zerbrechen" hinweisenden „rupitiae" vom Richter Anfangs leicht zu enge[3]) und das vom nocere stammende, somit alle nur denkbaren Vermögensschädigungen umfassende Wort noxia leicht zu weit gefasst werden konnte. Auch damit, dass sich die Rechtskundigen und die Praxis über die Begriffserweiterung von rupitiae, wornach darunter quasi ruptiones, corruptiones zu verstehen seien, zum

---

καί τῆς οἰκείας ὑπηρεσίας ὁ οἰκέτης ἀποπληρώσας τοῦ ἁμαρτήματος τὴν διατίμησιν ἐκείνῳ, εἰς ὃν ἥμαρτεν, ἤγουν καὶ εὐπορήσας ποθὲν χρημάτων, καὶ ταῦτα αὐτῷ προσαγαγών, ὑποστρέφει πρὸς τὸν δεσπότην; [neque enim dicimus, servum si per operas suas et ministerium aestimationem delicti ei, adversus quem deliquit, persolverit, aut aliunde etiam pecunia ditatus, illi eam traderit, ad dominum reverti.] — Arg. L. 2. D. qui sine manum. (40. 8.) — Papin. in Coll. l. c. verb. sed fiduciae judicio non tenetur. Cf. Cujacius ad Inst. IV. 8. verb. eoque casu neutri domino fit injuria, non quidem priori, qui dominium servi jam abdicavit, neque posteriori, quia nihil petere potest quam damni illati aestimationem.

1) L. 39. pr. D. und L. 16. pr. D. citt.

2) Daraus erklären sich die späteren Schwankungen über die Frage, ob ein furtum fundi vel aedium möglich wäre oder nicht, Gell. XI. 18. L. 25. pr. D. de furt. (47. 2.) L. 38. D. de usurp. §. 7. l. de usac. (2. 6), was man unter furtum manifestum zu verstehen habe? Gaius III. 184

3) Selbst nachdem der Ausdruck: Ruperit aus den XII Tafeln in die Lex Aquilia übergegangen war, haben sich noch nicht ausnahmslos die alten Juristen davon lossagen können, denselben wörtlich zu nehmen. L. 27. §. 13. D. ad Leg. Aq. (9. 2.) Inquit Lex: Ruperit; rupisse verbum fere omnes Veteres sic intellexerunt: corruperit.

grösseren Theile geeinigt haben mögen[1]), war nicht geholfen, sondern vielmehr die durch die vage Bedeutung des Wortes noxia hervorgerufene Gefahr einer allzu grossen Ausdehnung der auf Ersatz Anspruch verleihenden Vermögensschädigungen nur verdoppelt[2]). — Erst der Lex Aquilia war es vorbehalten, dieses Gebiet sachgemäss zu begrenzen, indem sie der actio de rupitiis sarciendis in dem engeren Rahmen des damnum injuria corpore corpori datum die actio Legis Aquiliae substituirte[3]).

Für die Entwickelung des römischen Noxalrechts war dieser Schritt desfalls von besonderer Bedeutung, weil durch besagtes Plebiscit auf die neu eingeführte Klage nicht etwa die Noxalqualität der XII Tafeln einfach übertragen wurde, sondern ein völlig neuer Gesichtspunct dabei zum Durchbruch kam, und dies war der, dass bei der actio Legis Aquiliae ferner nicht mehr wie bisher bei der actio furti und der actio de rupitiis sarciendis auch dem von dem Delicte wissenden und dasselbe nicht verhindernden Gewalthaber das Recht der noxae datio zukam, sondern nur noch dem am Delicte völlig unschuldigen dominus resp. paterfamilias[4]). Auf diese Weise begegnen wir von jetzt an beim damnum injuria datum dem bis dahin unbekannten Unterschiede zwischen der actio Legis Aquiliae (ex servi s. filii delicto) noxalis s. cum noxae datione und der actio Legis Aquiliae (detracta noxae deditione) in solidum, L. 5. pr. D. de nox. act. (9. 4.), L. 39. eod., während der actio furti ex servi s. filii delicto gegenüber das Recht der XII Tafeln noch fortbestand und demgemäss vor wie nach sowohl dem mitwissenden als nichtmitwissenden Gewalthaber das Recht der noxae datio verblieb. Erst

---

1) L. 27. §. 18. 20. 24. D. ad Leg. Aq. (9. 2.)

2) Vgl. *C. Sell*, a. a. O. §. 6. p. 16.

3) Gaius IV. 76. Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto: legibus; velut . . . damni injuriae Lege Aquilia. §. 4. I. de nox. act. (4. 8.)

4) L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. lib. XVIII. ad Ed. Celsus tamen differentiam facit inter Legem Aquiliam et Legem XII tabularum; nam in Lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis, nec dominus suo nomine tenetur; at in Lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem: duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino parnit periturus, si non fecisset.

der durch Julian, Marcellus und Ulpian vertretenen classischen Jurisprudenz ist es gelungen, diese Dissonanz zwischen dem Zwölftafelrecht und der Lex Aquilia auszugleichen[1]), indem sie die Bestimmung des ersteren, dass der dominus trotz seiner erwiesenen Wissenschaft ex furto et noxia noxaliter zu belangen sei, insoferne in die letztere hineintrugen, als es von jetzt an dem vom furtum oder damnum injuria datum eines fremden Sklaven Betroffenen freigestellt sein sollte, ob er den mitwissenden dominus s. paterfamilias als solchen suo nomine ex Lege Aquilia in solidum oder als einfachen (nicht wissenden) Gewalthaber servi nomine ex duodecim tabulis noxaliter belangen wolle[2]), — eine Sachlage, die in der Justianischen Compilation Aufnahme gefunden hat[3]). —

Ein drittes ausser dem furtum und den rupitiis uns in den XII Tafeln entgegentretendes Privatdelict ist die Injurie. Gaius IV. 223. Da in derselben aber keine Vermögensschädigung enthalten war, so machte sich für die Decemvirn das Bedürfniss einer Aenderung der bis dahin bestandenen Legislation zunächst nicht so vorwiegend geltend wie bei den beiden anderen genannten Privatdelicten[4]) und daher verblieb es denn auch hier vor wie nach bei der Uebergabe des injuriirenden Sohnes oder Sklaven zur Selbstbestrafung an den Injuriirten, bis sich endlich der Praetor, dem von da an die weitere Fortbildung des römischen Noxalsystems überhaupt anheimgestellt blieb[5]), wahrscheinlich im Zu-

---

1) L 2. §. 1. D. cit. (Im unmittelbaren Anschlusse an die Worte der letzten Note 4.) Sed si placeat, quod Julianus libro octogesimo sexto scribit, si servus furtum faxit noxamque nocuit, etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici, etiam servi nomine cum domino agi posse noxali judicio, ut, quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Julianum probavimus; quae sententia habet rationem, et a Marcello apud Julianum probatur.

2) Cf. L. 56. D. de O. et A. (44. 7.) Pomp. Quaecunque actiones servi mei nomine mihi coeperunt competere, vel ex duodecim Tabulis vel ex Lege Aquilia etc. L. 5. D. si fam. furt. f. d. (47. 6.) Marcellus: verb. si servus communis alterius jussu damnum dederit, etiam quod praestiterit alter, si modo cum eo ex Lege Aquilia vel ex duodecim Tabulis agi potest etc. L 1. D. arb. furt. caes. (47. 7.)

3) L. 2. §. 1. D. cit.

4) Gaius IV. 76. Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto: edicto, ... praetoris velut injuriarum et vi bonorum raptorum. L. 2. pr. D. vi bon. rapt. (47. 8.)

5) LL. citt. (Interdicta noxalia). Die zahlreichen durch den Prätor

sammenhang mit der Einführung der praetorischen actio injuriarum aestimatoria Gaius III. 224. §. 7 I.-D. de injur. (4. 4.) veranlasst sah, auch da die noxae datio der XII Tafeln zur Anwendung zu bringen, ohne aber darum in Anbetracht des ihr verbleibenden Charakters als actio meram vindictam spirans den bisher gewöhnlichen Weg der Uebergabe zur eigenen Züchtigung aufzuheben, wie dies beim furtum und damnum injuria datum der Fall war, vielmehr blieb es in die Wahl des Gewalthabers gestellt, ob er für den einen Dritten injuriirenden Gewaltuntergebenen die litis aestimatio entrichten oder ihn noxae geben oder zur Selbstzüchtigung dem Beleidigten überlassen wollte, nach deren Vollzug er wieder zu dem Gewalthaber zurückkehrte[1]). — In späterer Zeit wurde der Sklave von der Obrigkeit wegen injuria vel contumelia atrox in metallum, wegen injuria levis extra ordinem zur Züchtigung und temporärer Haft verurtheilt, und nach Verbüssung dieser Strafe von Seiten der Obrigkeit dem Herrn wieder zurückgegeben[2]).

---

geschaffenen Noxalklagen siehe bei *Zimmern*, a. a. O. S. 51—55, wo aber zu Anfang und zu Ende auch civilrechtliche Noxalklagen angeführt sind.

1) L. 17. §. 4. D. de injur. (47. 10.) Ulp. Lib. LVII. ad Ed. Quum servus injuriam facit, maleficium eum admittere palam est. Merito igitur, sicuti in ceteris delictis, ita et ex hoc injuriarum noxalis actio datur. Sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei, qui injuriam passus est: neque erit necesse domino utique eum verberandum praestare, sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum, aut si ei verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam. L. 17. §. 5—7. eod. L. 5. D. si ex noxali causa (2. 9.) *Huschke*, Gaius, S. 133. e. — *Unterholzner*, Forderungsrechte. I. §. 209. 21. a. generalisirt dieses bei Injurien vorkommende Verfahren, indessen ohne gesetzlichen Anhalt. Nur noch von dem Falle der circumscriptio minorum durch einen Sklaven wird uns von Paulus berichtet, dass der Herr zunächst seine Bereicherung herau zugeben, und falls eine solche nicht vorhanden, den zugefügten Verlust aus dem Peculium zu decken habe. Wäre es unmöglich dem betrogenen minor auf einem dieser Wege Genüge zu leisten, so solle der dolose Sklave zur Züchtigung übergeben werden oder die noxae datio erfolgen. Si ex neutro satisfiet et dolus servi intervenerit, aut verberibus castigandus aut noxae dedendus erit. L. 24. §. 3. D. de minor. (4. 4.)

2) Paulus V. 4. 22. Servus, qui injuriam aut contumeliam fecerit, siquidem atrocem, in metallum damnantur, si vero levem, flagellis caesus sub poena vinculorum temporalium domino restituitur. L. 45. D. de injur. (47. 10.) Hermog. Lib. V. Epit. De injuria nunc extra ordinem . . statui solet, et servi flagellis caesi dominis restituuntur.

In der vermögensrechtlichen Stellung des Sklaven als eines Mitgliedes der römischen familia im weiteren Sinne hat sich im Laufe der Zeit nichts geändert, und daher ist denn auch die Verpflichtung des Herrn für dessen Delicte in der vorgeschilderten Weise noxaliter aufzukommen bis ins neueste Recht unverändert geblieben. Dagegen hat die ursprüngliche Auffassung der die freien Mitglieder begreifenden römischen familia[1]) als einer dem Staate gegenüber und in socialer Beziehung in sich streng abgeschlossenen organischen Einheit im Laufe der Zeit mehrfache Wandlungen durchlebt. Während in ältester Zeit darin der Wille des zugleich als König (princeps familiae L. 196. pr. D. de V. S.) und als oberster Priester seines Hauses waltenden paterfamilias der allein herrschaftsberechtigte[2]), der Wille der unfreien wie freien Familienglieder nur durch dessen Medium im Dienst und zum Frommen des Ganzen rechtlich wirksam war[3]), erschien diese ursprüngliche absolute Einheit der römischen familia in sich zunächst dadurch abgeschwächt, dass dem Staate gegenüber der filiusfamilias in Bezug auf das jus publicum sich so frei bewegte wie ein paterfamilias[4]), und in socialer Hinsicht die Opfergemein-

1) L. 195. §. 2. D. de V. S.

2) L. 195. §. 2. D. cit. Ulp. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet. Juven. Sat. XVI. 55. Omne tenet cuius regimen pater.

3) Theophil. de stipul. serv. (3. 17.) *Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται.* [Servi personam non habentes ex dominorum personis personantur. Versio Reitz. Schol. ad Theoph. I. 16. 4.] Cf. *Ἐπειδή, ἡ κεφαλὴ καὶ τὸ πρόσωπον τοῦ οἰκέτου ὁ δεσπότης ἐστίν.* [Cum caput et persona servi dominus est.] §. 4. I. de inut. stip. (3. 19.) Ei qui juri tuo subjectus est, si stipalatus sis, tibi adquiris, quia vox tua quamquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus, quae tibi adquiri possunt. L. 39. 45. pr. §. 2. L. 56. §. 2. L. 130. D. de verb. stip. (45. 1.) L. 21. §. 2. D. de pact. (2. 14) L. 2. C. de contrah. stip. (8. 38.) §. 13. I. de inut. stip. (3. 19) — §. 1. I. per quas pers. (2. 9.) Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus), hoc parentibus adquirebant sine ulla distinctione.

4) L. 9. D. de his qui sui juris (1. 6.) Pomp. Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur L. 14. pr. D. ad S. C. Treb. (36. 1.) — Diese Loslösung des filiusfamilias in causis publicis von dem Banne, dem er als Mitglied seines Vaterhauses nach der privatrechtlichen Seite hin unterlag, war für das Gedeihen des römischen Staates ein um so dringenderes Bedürfniss, als sonst bei der Sitte selbst zu Männern herangereifte Haussöhne deshalb allein noch keineswegs aus der väterlichen Ge-

schaft der Familie sich zu einer solchen des Gentilenverbandes und des ganzen Staates erweiterte. — Von da an bildete die römische familia, zu der übrigens im Sinne des Civilrechts nur die Frau in manu mariti als filiae loco, nicht die in freier Ehe gehörte, nur noch auf dem Gebiete des Privatrechts einen enggeschlossenen, die selbständige vermögensrechtliche Persönlichkeit des Hauskindes zu Gunsten des Familienoberhauptes resp. des Familien-Ganzen [1]) absorbirenden einheitlichen Organismus.

In dieser Begrenzung war nun aber auch die Auffassung der vermögensrechtlichen Familieneinheit so tief ins römische Volksbewusstsein eingedrungen, dass als in der ersten Kaiserzeit das Bedürfniss hervortrat, dem unter väterlicher Gewalt stehenden Soldaten bezüglich des durch seinen Beruf unmittelbar oder mittelbar erworbenen Vermögens eine grössere Freiheit und Selbständigkeit zuzuerkennen, die Legislation Scheu trug, das obige Einheitsband der Familie durch das Zugeständniss selbständiger Vermögensfähigkeit des Sohnes zu zerreissen, sondern den gedachten Zweck vielmehr auf einem Umweg zu erreichen suchte, indem sie ihn im Betreff des peculium castrense unter Verleihung vollkommen freier Dispositionsbefugnisse inter vivos et mortis causa als paterfamilias behandelte [2]), während er in Wirklichkeit als filiusfami-

---

walt zu entlassen, Gell. N. A. II. 2. Val. Max. II. 2. 4. V. 4. 5. Liv. XXIV. 44. i. f., der Förderung der öffentlichen Interessen leicht die tüchtigsten Kräfte hätten entzogen bleiben können. — Von selbst in Folge erlangter Aemter und Würden traten bekanntlich noch bis in die Zeiten des classischen Rechtes hinein nur Flamines Diales und Virgines Vestales (sine capitis deminutione) aus der väterlichen Gewalt. Gell. I. 12. Tac. Ann. IV. 16. Gaius I. 130. 145. III. 114. Ulp. X. 5. Selbst noch nach Justinians Institutionen (§. 4. I. 1. 12.) bleibt der filiusfamilias als senator und consul in patria potestate. Erst das Codex- und Novellenrecht verbindet mit dem Amte des Consuls, Praefectus praetorio, Praefectus urbi und Bischoffs den Austritt aus der väterlichen Gewalt. L. 66. C. de decur. (10. 31.) Nov 81.'123. c. 4.

1) Vgl. L. 11. D. de lib. et post. her. (28. 2.) Paulus: In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur . . . Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat. —

2) L. 6. §. 13. D. de injusto test. (28. 3.) Ulp. (Filiusfamilias miles

lias eigenthumsunfähig blieb und daher gedachtes Peculium, falls er die ihm gewährte Gunst des Gesetzes ungenutzt gelassen hatte, nicht seinen Nachkommen, sondern dem Vater anheimfiel, aber auch diesem nicht als Erbschaft, sondern jure peculii [1]).

Selbst für das unter Constantin aufgekommene peculium quasi castrense erschien die alte römische Auffassung der familia noch maassgebend, indessen nicht mehr als Folge ihrer fortdauernden Herrschaft im Volke, sondern weil sich das neue Peculium nur als eine Uebertragung und Erweiterung des alten Peculium castrense darstellte [2]).

Mit der bleibenden Verlegung der Residenz nach dem allen nationalrömischen Rechtsanschauungen fremden Byzanz trat auch der Begriff der römischen familia als eines nach der Vermögensseite hin untheilbaren Rechtsindividuums im Volk so gut wie gänzlich zurück, und daher nahm denn schon gleich der eben genannte Kaiser keinen Anstand dem filiusfamiliás das Eigenthum an den bonis maternis zuzusprechen [3]). Damit war aber für dessen allgemeine Vermögensfähigkeit die Bahn gebrochen. Denn konnte der Haussohn mit Beiseitesetzung der diese bisher verhindernden Familieneinheit an einem Theile selbständig

---

vel veteranus) ... quantum ad testandum .. pro patrefamilias habendus est. L. 2. D. ad S. C. Mac. (14. 6.) Ulp. verb. quum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur. L. 2. C. de castr. pec. (12. 37.) Eigenthümer des peculium castrense ist der Vater. *Fitting*, Das castrense peculium. 1871. S. 92—98.

1) L. 10. pr. D. ad S. C. Tert. (38. 17.) L. 1. 2. 9. 14. pr. §. 1. L. 17. pr. L 19. §. 3. D. de castr. pec. (49. 17.) L. 5. C. eod. (12. 37.) Diocl. et Max. Intelligis filio qui militavit defuncto peculium eius penem patrem remansit non hereditatem quasi quaesitam. L. 2. D. eod. *v. Löhr*, Magazin IV. 7. *Marezoll*, in Zeitschr. für Civilr. u. Proc. VIII. S. 78. *Fitting*, a. a. O. §. 35. S. 249 ff. Darüber, dass schon die Digesten (Ulpian) ein peculium quasi castrense kannten, das aber mit dem castrense zusammenfällt, siehe *Marezoll*, a. a. O. S. 80. vgl. m. S. 90. und *Fitting*, a. a O. S. 389 ff.

2) L. 6 C. de bonis quae liberis (6. 61.) Justinian. Exceptis castrensibus peculiis, ... in his enim nihil innovamus, sed vetera jura intacta servamus. Eodem observando etiam in his peculiis, quae quasi castrensia peculia ad instar castrensis peculii accesserunt. *Marezoll*, a. a. O. S. 96.

3) L. 1. C. de bon. mat. (6. 60.) Constant. Res quae ex matris successione, sive ex testamento, sive ab intestato, fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate, ut fruendi duntaxat habeant facultatem, dominio videlicet earum ad filios pertinente. a. 319. L. 1—3. Cod. Theod. 8. 18.

für sich Eigenthum erwerben, so lag kein Grund mehr vor, es ihm irgend einem anderen Vermögenstheil gegenüber für die Dauer zu versagen. Was früher als einfache natürliche Consequenz der römischen Auffassung der familia erschien[1]), musste nunmehr als unmotivirte Härte gegen den filiusfamilias erscheinen[2]), und daher sehen wir denn auch, wie die neueste Gesetzgebung auf dem betretenen Wege fortschreitend[3]) unter Justinian durch die anerkannte Fähigkeit des filiusfamilias die Adventitien eigenthümlich zu erwerben zu ihrem Abschluss gelangt[4]).

Was darin von der früheren enggeschlossenen Einheit der gesammten römischen familia als Rest, gleichsam als Nachklang übrig geblieben, ist, dass — in Folge der noch fortdauernden Vorstellung eines gewissen Einheitsbandes zwischen Vater und Sohn[5]) — das vom filiusfamilias a patre vel ex re patris Erworbene nicht ihm, sondern dem Vater zufällt[6]).

Fragt man, welchen Einfluss die Anerkennung der selbständigen Vermögensfähigkeit des filiusfamilias auf die Noxalverbind-

---

1) Vgl. L. 16. D. de furt. (47. 2.) Paulus. Ne cum filiofamilias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, qui in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

2) L. 6. pr. L. 8. C. de bon. quae lib. (6. 61.) verb. quod etiam gravius multis videtur. §. 1. I. per quas pers. (2. 9.) verb. quod inhumanum visum est. L. 6. pr. C. cit. oportet similem providentiam tam patribus quam liberis deferri.

3) In L. 2. C. de bon. mat. (6. 60.) (a. 395.) sprechen die Kaiser Arcadius und Honorius dem filiusfamilias das Eigenthum an den bonis materni generis zu, (vgl. auch L. 11. C. communia de succ. 6. 59), in L. 1. 2. C. de bonis quae liberis (6. 61.) (a. 426. 428.), die Kaiser Theodosius und Valentinian das an den lucris nuptialibus, (vgl. auch L. 4. C. eod.); Leo und Anthemius verordneten in L. 34. C. de episcopis (1. 3.) (a. 469?), dass das quasi castrense der Geistlichen an ihre Kinder, nicht an den paterfamilias fallen sollte.

4) §. 1. I. per quas pers. (2. 9.) L. 1. 2. C. de bon. mat. (6. 60.) L. 2. 3. 4. 6. pr. C. de bon. quae lib. (6. 61.) verb. Usque ad usumfructum adquirat, ususfructus apud patrem permaneat, dominium filiisfamilias inhaereat. L. 6. §. 1. L. 7. 8. eod.

5) L. 11. C. de impub. subst. (6. 26.) Justinian. verb. cum et natura pater et filius eadem persona paene intelligitur.

6) §. 1. I. per quae pers. (2. 9.) verb. sancitum etenim a nobis est, ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observatiònem totum patri adquirat.

lichkeit des paterfamilias gehabt hat, so leuchtet ein, dass mit der Entwickelung jener für diese das auf den Rechtssatz: Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet zurückzuführende legislative Motiv immer mehr zurücktrat. Dazu kam aber noch, dass man, nachdem sich die früher unbegrenzte persönliche Gewalt des Hausvaters über seine Kinder im Laufe der Zeit gar sehr gemildert hatte, auch in der noxae datio eine für die Zukunft unerträgliche Härte fand[1]); Gründe genug, um sie schon geraume Zeit[2]) nicht mehr zur Anwendung zu bringen, bevor deren Aufhebung gesetzlich sanctionirt worden, was sich erst von den Zeiten Justinians nachweisen lässt[3]).

---

1) §. 7. I. de nox. act. (4. 8.) Sed Veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi haec penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur, [vgl. L. 8. §. 3. D. quod. met. c. (4. 2.)], quum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo actiones noxales esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri. — Sollten die Worte: ideo placuit auf eine kaiserliche Constitution hindeuten, so haben wir sie nicht mehr; nach der ganzen sonstigen Fassung des §. 7. I. cit. ist es aber höchst wahrscheinlich, dass durch sie nur das bisherige Gewohnheitsrecht als geltendes Recht anerkannt werden soll.

2) §. 7. I. cit. verb. cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, etc.

3) §. 7. I. cit.

Zweite Abhandlung.

Konnte sich der Sklave selbst durch das an einem Extraneus begangene Privatdelict wirksam obligiren, und welchen Charakter hatte die defensio seines Herrn im Falle einer wider letzteren erhobenen Noxalklage?

§. 1.

Einleitung.

Die herrschende Ansicht der Juristen ist bei aller Bestrittenheit des Rechtsgrundes der Noxalverbindlichkeit des Gewalthabers [1]) bis vor Kurzem dahin gegangen, dass in den Noxalfällen des Sklaven, gerade so gut wie in denen des filiusfamilias jedesmal zwei Obligationen zusammengetroffen seien, die Delictsobligation des Sklaven, Haussohnes und die obligatio des Gewalthabers für das von seinem Gewaltuntergebenen an Dritten begangene Delict als dessen defensor einzustehen, wenn er sich nicht entschliessen konnte, das Gewaltverhältniss zwischen sich und dem Delinquenten auf dem Wege der noxae datio zu lösen [2]).

1) Die ältere Literatur s. bei *Zimmern*, Das System der römischen Noxalklagen. (1818.) S. 17 f. Zweites Capitel: Uebersicht und Kritik der bisherigen Ansichten über den Grund der Noxalklagen. — Vgl. Derselben, Röm. Rechtsgeschichte I. 2. §. 191. S. 698. 99. Note 2. *Dirksen*, Civil.-Abhandlungen 1. S. 104. *Hasse*, Die Culpa, Zweite Aufl. S. 14. Anm. — *Hepp*, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts. S. 101. f. *v. Jhering*, Geist des röm. Rechts. Dritte Aufl. (1873.) I. §. 11a. S. 131. — *v. Wyss*, Die Haftung für fremde Schuld. (1867). S. 8. f. „Bisherige Ansichten über das Princip der Noxalhaft. Wahrer Charakter derselben." *Bechmann*, Anzeige von Wyss, Krit. Vierteljahrsschrift. X. S. 316. *E. I. Bekker*, Die Aktionen. I. Capitel. X. S. 183 f. *Pernice*, Marcus Antistius Labeo. I. S. 117 f. *Mandry*, Das gemeine Familiengüterrecht. (1876.) II. 614. f.

2) *Glück*, Pandekten-Commentar. X. S. 414. *Zimmern*, a. a. O. §. 10. S. 36 f. *Walter*, Röm. Rechtsgeschichte. §. 474. *v. Savigny*, System II.

Diese Annahme hat in neuerer Zeit einen Angriff durch *v. Wyss*, Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Rechte. Zürich 1867. S. 11 ff., erfahren, welcher in Betreff der noxae datio des Sklaven auszuführen sucht, dass dabei gar keine obligatio servi ex delicto vorkomme, für die der Herr einzutreten habe, sondern letzterer vielmehr in Folge des vom Sklaven an Dritten begangenen Unrechts (noxa) unmittelbar selbst hafte, während der Sklave dabei nur als blosses Forderungsobject in Betracht komme. — Der gerade in den Noxalfällen des Sklaven besonders häufig vorkommende Ausdruck: defendere servum, defensor servi bedeute nicht die processualische Vertretung des processunfähigen Sklaven, sondern vielmehr die defensio des servus als eines durch die erhobene Noxalklage bedrohten Eigenthums (S. 15), ganz so wie der Ausdruck besonders für den dinglich Beklagten in Uebung sei, welcher entweder rem suam defendit, oder wenn er sich nicht einlasse, die Uebertragung auf den Kläger dulden müsse. Der dominus sei es, der in erster und letzter Linie hafte; Gegenstand der Haftung sei aber nicht der gewöhnliche Inhalt der entsprechenden Delictsobligation schlechthin, sondern alternativ damit

---

S. 36. 426. 427. *Unterholzner*, Schuldverhältnisse I. §. 209 f. *Burchardi*, Lehrbuch des röm. Rechts II. 1. §. 60. S. 117. *Keller*, Römischer Civilprocess. §. 65. Pandekten §. 241. *Puchta*, Institutionen II. §. 212. N. s. *Rudorff*, Röm. Rechtsgeschichte II. S. 162. 163. *v. Bethmann-Hollweg*, Röm. Civilprocess II. §. 100. S. 415. *Müller*, *C. O.*, Institutionen. §. 137. S. 444. *Kuntze*, Cursus des röm. Rechts. Zweite Aufl. 1879. §. 140. S. 81. „Auch Gewaltuntergebene, Freie wie Sklaven, laden durch Delict eine Schuld auf sich, die ihre Person trifft, noxa caput sequitur;“ Derselbe, Erste Aufl. 1869 §. 744. aa. S. 593. *Brinz*, Pandekten. Erste Aufl. (1857.) I. S. 611. „Er (der dominus, paterfamilias) ist selbst obligirt, aber seine eigene Haftung hat keinen andern Inhalt als den, dass er für einen Andern (wo nicht diesen selbst: noxae deditio) zahle oder vertheidige: Vertretung einer fremden Schuld ist der Inhalt seiner eigenen Obligatio; diese selbst also eine „Defensionspflicht.“ — *Schwanert*, Die Naturalobligation des röm. Rechts. S. 244. f. *Ad. Schmidt*, Die Persönlichkeit des Sklaven nach römischem Rechte. Abtheil. 1. (1868.) S. 12. Anm. 10. Derselbe, Von der Delictsfähigkeit der Sklaven nach röm. Rechte. 1873. S. 1. f. S. 20. *Pernice*, M. Antistius Labeo. S. 118. „Hiermit ist allerdings die selbständige Fähigkeit des Sklaven zu Delicten direct anerkannt.“ S. 120. „Doch findet sich in späterer Zeit die Delictsfähigkeit auch geradezu hervorgehoben. Ulpian L. 14 D. de O. et A. (44. 7.).“

die Herausgabe des Sklaven, indem der dominus condemnatus sich durch noxae datio befreien könne. Uebernehme er also den Process, so vertheidige er sich wie der dinglich Berechtigte gegen einen Anspruch, der wenigstens eventuell ihm den Besitz des Sklaven entziehen wolle; weigere er die Einlassung, was ihm freistehe, so müsse er die Besitzübertragung an den adversarius dulden (S. 16). Der Beweis für die Richtigkeit dieser ausschliesslich sachlichen Beziehung der defensio sei in der vollständigen Verpflichtungsunfähigkeit des Sklaven ex causa delicti enthalten. Gegen wen überhaupt keine obligatio bestehe, der könne auch nicht aus derselben belangt, resp. von einem Vertreter processualisch vertreten werden. Die gegentheilige Auffassung sei demnach als rein äusserlich und dem Wesen der Sache widerstreitend zu verwerfen.

Die Beweisführung, durch welche *v. Wyss* diese seine neue Theorie zu begründen sucht, ist eine zwiefache, eine indirecte und eine directe. Die indirecte hat zum Zweck die bisher für die obige hergebrachte Ansicht geltend gemachten Argumente aus dem Wege zu räumen, indem darzuthun versucht wird, 1. dass die scheinbar für die obligatio servi ex delicto während der dominica potestas sprechenden Stellen in Wirklichkeit nicht dafür sprächen; und darauf gestützt dann weiter, 2. dass die Ausdrücke defendere servum, defensio servi nicht, wie bisher geschehen, von persönlicher Vertretung des Sklaven, sondern rein sachlich im Sinn von defendere rem, defensio rei zu verstehen seien [1]).

Als directe Beweisgründe werden geltend gemacht, 1. dass der Ausdruck delictum für die unerlaubte Handlung des Sklaven vermieden und statt dessen noxa gebraucht werde (S. 17), 2. dass als selbstverständliche Folge eines maleficium servile nach dem Sprachgebrauch der Quellen durchweg die directe und unmittelbare Haftung des dominus erscheine (S. 18) und endlich 3. dass der Anspruch gegen den dominus servi nomine, d. h.

1) Dieser v. Wyss'schen Ansicht über die defensio servi in causis noxalibus sind unbedingt beigetreten *Schlesinger*, Ueber die defensio bei Noxalklagen, in Zeitschrift für Rechtsgeschichte. XIII. S. 202. 203. Anm. 1. *G. Hartmann*, Die Obligation. S. 157. Anm. 13. (Vgl. gegen letzteren *Pernice* in Goldschmidts etc. Zeitschr. f. Handelsrecht. XXI. (N. F. VI.) 1875. S. 331.) *Mandry*, a. a. O. II. S. 614.

in Bezug auf das von dem Sklaven verübte maleficium erhoben werde, im Gegensatz zu der Haftung des mitschuldigen dominus suo nomine in solidum. (S. 18. 19).

Die nachfolgende Darstellung wird es sich zur Aufgabe machen nachzuweissen,

I. dass der Sklave fähig war, durch das an einem Extraneus begangene Privatdelict schon während der dominica potestas sich selbst civiliter zu obligiren [1]),

II. dass daher die defensio servi von Seiten des Herrn bei Noxalklagen kein blosses rem defendere, sondern Vertheidigung des ex delicto persönlich obligirten Sklaven gewesen ist, und endlich

III. dass auf Grund dieser Ergebnisse auch die übrigen zur Unterstützung des Gegentheils beigebrachten Nebenargumente sich als hinfällig erweisen.

§. 2.

I. Beweis der Fähigkeit des Sklaven durch das an einem Extraneus begangene Privatdelict schon während der dominica potestas sich selbst civiliter zu obligiren.

A. Unmittelbare Quellenbelege dafür.

1. L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) Ulp. Lib. VII. Disput. Servi quidem ex delictis obligantur; et si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.

A. Aus der allgemeinen Rechtsstellung des Sklaven entnommene Gründe für die Beweiskraft dieser Stelle Ulpians.

Die Hauptstelle, welche vor *v. Wyss* für die Fähigkeit des Sklaven sich ex delicto zu obligiren als vollbeweisend angesehen zu werden pflegte [1]), ist der vorstehende Ausspruch Ulpians, da er in so klaren einfachen Worten, wie sie die Sprache überhaupt

1) Vgl. *Schwanert* a. a. O. S. 244. *Ad. Schmidt* a. a. O. S. 9.

bietet, offenkundiges Zeugniss dafür ablegt: Servi ex delicto obligantur. — Wollte Jemand zur Aufrechthaltung der gegentheiligen Theorie diese Worte nur auf die künftige, nach stattgehabter Freilassung klagbare Delictsobligation des Sklaven bezogen wissen, er würde durch die unmittelbar darauf folgenden: et si manumittantur, obligati remanent widerlegt werden. Wer nach der Manumission ex delicto obligirt bleibt, muss nach allen Regeln der Sprache wie der Logik schon vor derselben obligirt gewesen sein[1]).

Fragt man, wodurch *v. Wyss* veranlasst worden ist, sich mit dieser einfachen Worterklärung des Anfangspassus der L. 14. cit. nicht zu begnügen, so sind es reine Postulate, durch die er sich in Wirklichkeit nicht vorhandene Schwierigkeiten selbst geschaffen hat, indem er S. 11. 12 also sagt: „Wir wissen, den Sklaven so gut wie den Sachen fehlt absolut die subjective Rechtsfähigkeit und damit auch jede Möglichkeit, durch unerlaubte Handlungen eine civilrechtliche Verbindlichkeit auf sich zu laden; sie sind eines delictum privatum im technischen Sinne der obligationserzeugenden Handlung unfähig". — Diese mit apodictischer Gewissheit hingestellten Sätze bilden nun aber gerade den Kern des vorerst noch erforderlichen, aber nicht zu erbringenden Beweises. Mit einem derartigen blossen Zusammenwerfen der Sklaven und aller übrigen Sachen, wie hier geschieht, ist es, um die rechtliche Stellung der ersteren bei den Römern zu kennzeichnen, noch lange nicht gethan. Vielmehr kommt hier der durch die Naturwidrigkeit der Sklaverei hervorgerufene und den Römern zum vollen Bewusstsein gelangte Conflict zur Geltung[2]),

---

1) Vgl. die Glosse ad voc: remanent; directo, quod non contingeret, nisi ab initio nata fuisset.

2) §. 2. I. de jure pers. (1. 3.) Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur. Theoph. ad h. l. ἡ γὲ φύσις πάντας ἐλευθέρους προήγαγεν. L. 4. §. 1. D. de statu hom. (1. 5.) L. 64. D. de cond. ind. (12. 6.) Tryphon. Libertas naturali jure continetur et dominatio ex jure gentium introducta est. L. un. C. de S. C. Claud. toll. (7. 24.) verb. contra naturalem libertatem. Nov. 74. c. 1. natura servum et liberum ab initio non discrevit. — Ausflüsse dieses Conflictes sind ausser den im Texte zur Sprache kommenden noch die, dass, trotz des Satzes: Servilis cognatio nulla est, Ulp. XII. 3. L. 1. §. 2. D. unde cogn. (38. 8.), doch auch bei Sklaven die Benennungen: „Aeltern,

wornach das römische Civilrecht den Sklaven zwar auf der einen Seite allerdings als reines Vermögensobject, als blosse Sache betrachtet [1]), auf der anderen aber doch auch nicht umhin konnte der Thatsache Rechnung zu tragen, dass er bei allem Mangel der äusseren Freiheit in Wirklichkeit doch ein innerlich freies, denkendes und somit handlungsfähiges Wesen, eine persona im weiteren Sinne war [2]). — Nicht umsonst trug bei den Römern

---

Kinder, Brüder" geläufig waren, L. 10. §. 3. D. de grad. (38. 10.), dass in Bezug auf connubium und Incest die serviles cognationes et affinitates nach der Freilassung dieselbe Berücksichtigung fanden, wie bei Freien. L. 14. §. 2. 3. D. de ritu nupt. (23. 2.) Und daran schliesst sich an, dass, obwohl die Lex Pompeja parricidii auf den servus, qui parentes cognatosve occiderit, quantum ad verba pertinet, nicht passt, derselbe doch, quum natura est communis, mit analogen Strafen belegt wird. L. 12. §. 4. D. de accus. (48. 21.) Auch dass der partus ancillae non est in fructu, §. 37. I. de rer. div. (2. 1.) L. 68. pr. D. de usufr. (7. 1.), gehört hierher, desgleichen die Beschränkung des Herrn in freier Handhabung seines Eigenthumsobjectes in Folge des förmlichen Rechtsschutzes der Sklaven gegen Misshandlungen unter den Kaisern. Gaius I. 53. L. 11. §. 1. 2. D. ad Leg. Corn. de sic. (48. 8.) L. 2. D. de his qui sui (1. 6.) L. 42. D. de contr. empt. (18. 1.) Secet. Claud. c. 25. Constantin in L. un. C. de emend. serv. (9. 14.) Die Römer suchen diese Anomalie durch den Satz zu rechtfertigen: male enim nostro uti non debemus. Gaius l. c. Alle diese aus der natürlichen Persönlichkeit erwachsenen, unter den Kaisern sich noch mehrenden Exemtionen des Sklaven aus dem Bereiche blosser Sachen entlocken Modestinus in L. 4. D. de cap. min. (4. 5.) den Ausspruch: Hodie incipit statum habere (servus.) Vgl. *Puchta*, Institutionen. II. §. 212. S. 270.

1) L. 215. D. de V. S. Gaius I. 54. II. 8. si alterius in bonis sit servus, alterius ex jure Quiritium. III. 166. Ulp. I. 16. XIX. 20. L. 24—27. D. comm. div. (10. 3.) (communis servus.) Gaius II. 86. 91. L. 25. 26. De usufr. (7. 1.) (servus usufructuarius) L. 26. D. in quib. caus. pign. (20. 2.) pignoris nomine retenta mancipia.) — Gaius II. 92. bona fide possidetur alienus servus. L. 38. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) si servum pro derelicto habeam. L. 8. D. pro derel. (41. 7.) Cf. Juvenal. VI. 218 f. Petrus Chrysologus Serm. 141.

2) Gaius IV. 135. Quaecunque autem diximus de servis, eadem de ceteris quoque personis, quae nostro juri subjectae sunt, dicta intellegemus. L. 60. Haec ita de his personis quae in potestate sunt, (servis et filiis etc.) Idem I. 48. nam quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri sunt subjectae. 49. 50. 123. II. 96. III. 163. 189. IV. 80. Ulp. XIX. 18. Pr. I. de his qui sui etc. (1. 8.) L. 1. pr. D. eod. (1. 6.) Gaius I. 120. Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur. L. 22. pr. D. de reg. jur. L. 86. §. 2. D. de legat. I. (30.) omnia quae personam eius (servi) adtingunt. etc. L. 215. D. de V. S. L. 20. pr. D. de interr.

das Rechtsverhältniss des Herrn gegenüber seinem Sklaven den doppelten Charakter einer persönlichen Gewalt, der potestas dominica, und einer sachlichen Herrschaft, des dominium [1]). — In der Eigenschaft als Vorsteher seines Hauses, als Allbeherrscher des Willens sämmtlicher demselben Angehörigen hatte er es mit dem Sklaven als einem innerlich freien, vernünftigen Wesen zu thun; als dominus (herus) verfügte er über ihn wie über jeden anderen Bestandtheil seines Vermögens [2]); und zwar, so lange das Gottesrecht und die Sitte dem Unfreien genügenden Schutz gegen Unmenschlichkeit gewährte [3]), ohne jegliche äussere Schranke von Seiten des Staates, bis späterhin die immer mehr hereinbrechende Verwilderung eine solche unentbehrlich machte, um wenigstens maasslosen Ausschreitungen der Leidenschaft einen Damm entgegenzusetzen [4]). — Da wo es sich um die Ver-

---

i. j. (11. 1.) ex persona servi duo tenentur. — *v. Savigny*, Syst. I. S. 33. — *Schwanert*, Die Naturalobligationen. S. 246. — Vgl. Sen. de clem. I. 18. cum in servum omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune jus vetat. — Juven. VI. 218 f. Petron. 71. Amici et servi homines sunt et aeque unum lactem biberunt. — Ueber die vorzugweise Bezeichnung des Sklaven als homo vgl. *Jhering* a. a. O. II. 1. Dritte Aufl. (1874). S. 168. N. 230b. — Im technischen Sinne vollkommen.r Rechtsfähigkeit wird dem Sklaven die persona selbstverständlich abgesprochen. Nov. Theod. Tit. XVII. §. 2. Servos.. quasi nec personam habentes... Cassiod. Var. VI. 8. Servos, qui personam legibus non habent. Theophil. ad §. 2. I de her. inst. (2. 14.), Pr. I. de stip. serv. (3. 18.) *Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες, ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται.* (Servi personam non habentes ex dominorum suorum personis personantur. Vers. Reitz.) —

1) L. 215. D. de V. S. Paulus: Potestatis verbo plura significantur, in persona servi dominium. Der Herr ist zugleich dominus und der dominus zugleich Herr, Gewalthaber. Beide Begriffe decken sich nur nach verschiedenen Seiten hin. — Vgl. *v. Savigny*, a. a. O. I. S. 357. 358. *Jhering*, a. a. O. II. 1. S. 161. — Das sachliche und persönliche Element im römischen Sklavenverhältniss bestreitet *W. A. Becker*, Gallus II. S. 140.

2) Vgl. *Jhering*, a. a. O. S. 166. 167. *Rein*, Röm. Privatrecht. S. 552.

3) Liv. II. 36. Cic. de divin. I. 26. Plutarch. Coriol. 24. 25. Macrob. Saturn. I. 11. Val. Max I. 7. 4. Lactant. Div. inst. II. 7. 20. 21. In alter Zeit wurden Excesse gegen Sklaven unter Mitwirkung der Priester mit öffentlicher Strafe belegt, Plut. l. c. 25. Dion. Antiq. VII. 73., und die Censoren erliessen gegen die Excedenten notae censoriae. Dion. Antiq. (Frägm. ed. Mai I. XX. c. 2.) (Schrader ad §. 2. I. 1. 8.)

4) Gaius I. 53. §. 2. I. de his qui (1. 8.) Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos supra modum saevire... Sed et maior asperitas dominorum

pflichtungsfähigkeit des Sklaven handelt, kommt er selbstverständlich nur als Mensch in Betracht, der, obwohl des römischen Civilrechts untheilhaftig [1]), als solcher doch dem jus naturale anheim fiel [2]), der im Hinblick auf die jeder Zeit mögliche Manumission den Keim der äusseren Freiheit, des römischen Bürgerthums schon jetzt in sich trug, ja der in ältester Zeit sogar fähig war, durch Adoption unmittelbar als actives Mitglied in den engsten Kreis der familia aufgenommen zu werden [3]). — Dieser Würdigung des Sklaven als eines Vernunftgeschöpfes entsprechend

---

eiusdem principis constitutione coercetur. L. 6. 11. §. 1. 2. D. ad Leg. Corn. (48. 8.) L. 4. D. de cap. min. (4. 5.) L. 1. §. 1. 8. D. de off. praef. urbi (1. 12.) Tac. Ann. VI. 11. Suet. Claud. 25. Spartian. Hadr. c. 18. etc. *Rossbach*, Die röm. Ehe. S. 48. 49.

1) L. 32. D. de R. J. Ulp. Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur. L. 3. §. 1. D. de cap. min. (4. 5.) L. 20. §. 7. D. qui testam. (28. 1.) Ulp. Servus quoque merito ad solemnia adhiberi non potest, cum juris civilis communionem non habeat in totum, ne Praetoris quidem edicti. Daraus erklären sich die folgenden Quellenaussprüche: L. 43. D. de O. et A. (44. 7.) Paulus: Servus ex contractibus non obligatur. L. 22. pr. D. de R. J. Ulp. In personam servilem nulla cadit obligatio. §. 6. I. de inut. stip. (3. 19.) Servus non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii. Gaius III. 104. 176. §. 6. I. de nox. act. (4. 8.) Inter dominum et eum, qui in potestate eius est, nulla obligatio nasci potest. Die Ausdrücke creditor, debitor, creditum, debitum werden im prägnanten Sinne nur von obligationes civiles, von obligationes naturales dagegen nur abusive gebraucht. LL. 10. 54. 55. 108. D. de V. S. Cf. L. 41. D. de pecul. (15. 1.) Ulp. Nec servus quidquam debere potest nec servo potest deberi. Sed quum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem. — Dem entsprechend stellt denn auch Javolenus in L. 40. §. 3. D. de cond. et dem. (35. 1.) nihil debere und naturale debitum auf gleiche Linie. Vgl. auch L. 7. §. 14. D. qua ex causa (42. 4.) Ulp. Quid enim interest, debitor quis non sit, an nondum conveniri possit debitum? *v. Savigny*, System II S. 424. N. h. *Schwanert* a. a. O. S. 241. Anm. 2.

2) L. 32. D. de R. J. Ulp. verb. non tamen jure naturali (servi pro nullis habentur), quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt. L. 64. D. de cond. ind. (14. 6.) Si quod dominus servo debuit manumisso solvit, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum; ut enim libertas naturali jure continetur et dominatio ex jure gentium jure introducta est, ita debiti et non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est. L. 40. §. 3. L. 166. 195. §. 3. D. de V. S.

3) Gellius V. 19. Alioquin si juris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per Praetorem dari in adoptionem potest, idque ait (Massurius Sabinus) plerosque juris veteres auctores fieri scripsisse. *Jhering*, a a. O. S. 168.

bildete er denn auch bei allem Mangel seiner Freiheit einen höchst bedeutsamen Bestandtheil der römischen familia i. w. S. als Hausgenosse, familiaris [1]), der als solcher am jus sacrum Theil hatte [2]), in ältester Zeit dem Herrn Gehülfe seiner Arbeit, ja

1) Plaut. Mil. II. 3. 80. Cic. Parad. V. 2. Festus (Paul. Diac.) M. p. 86. L. 1. §. 16. D. de vi (43. 16.) Ulp. Familiae appellatio servos continet. Sen. Ep. 5. 6. (ed. Fickert.) Macrob. Saturn. I. 11. Majores nostri omnem dominis invidiam, omnem servis contumeliam detrahentes dominum patrem-familias, servos familiares appellaverunt. Vgl. *Becker, W. A.*, Gallus. Herausg. von *Rein* Dritte Ausgabe. II. S. 99 ff. Dritter Excurs. Die Sklaven. *Becker-Marquardt*, Handb. der röm Alterthümer. V. 1. S. 139 f. Vierter Abschnitt. Die Sklaven. *Rossbach*, Die röm. Ehe. S. 24. *Jhering*, a. a. O.

2) Der Belege dafür, dass der Sklave an dem jus sacrum Theil hatte, gibt es viele. Hier mögen nur folgende stehen. 1. Der Hausherr bringt den Penaten auf dem Hausaltare, dem Heerde Opfer dar für das ganze Haus, Cato de re rust. 143. Scito dominum pro tota familia rem divinam facere, und richtet dabei Gebete an die Götter für dasselbe, seine Kinder und seine Sklaven. Cato l. c. 139. Eius rei ergo te hoc porco piaculo immolando bonas preces precor, uti sies volens propitius mihi domo familiaeque meae liberisque meis. 141. Mars pater te precor quaesoque uti sies volens propitius mihi, domo familiaeque nostrae, etc. Pastores pecuaque salva servassis, duisque bonam salutem valetudinemque mihi, domo familiaeque nostrae. Unter dem Schutze der Penaten steht auch das Gesinde. Ja die Sklaven werden gewürdigt, auf Geheiss ihrer Herren den Göttern selbst Opfer darzubringen, so bei Cato l. c. 83. Votum pro bubus, ut valeant, sic facito . . . Eam rem divinam vel servus vel liber licebit faciat. 139. Harum rerum sive ego sive quis jussu meo fecerit, uti id recte factum siet. Idem. 5. Rem divinam nisi compitalibus in compito aut in foco ne faciat (villicus.) Liv. XXII. 10. (Es handelt sich de vere sacro.) verb. si servus sive liber faxit, probe factum esto. — Ihre Schutzgottheiten waren Vedius und Diana, deren Priester in Arizia stets ein Sklave sein musste. *Hartung*, Die Rel. der Römer. I. S. 225. Man ordnete eigene Sklavenfeste an, servorum dies festus. Festus p. 343., dies festus ancillarum. Macrob. Sat. I. 11. §. 36. Matronalia. Idem I. 12. §. 7. An den Saturnalien liess man den Sklaven volle Freiheit und ihre Herrn bedienten sie bei Tische zur Erinnerung an das goldene Zeitalter unter Saturn, in dem alle Menschen frei und gleich gewesen. Bei dem von Servius Tullius eingeführten Feste der Compitalia Varro d. l. l. VI. 25. wurden die Laren durch Sklaven bedient, denen diese Gottheiten besonders zugeneigt waren. Dion. IV. 14. Auch wurde dabei für Verschonung des Lebens der Mitglieder der Familie, der Freien wie der Sklaven, gebetet, indem man des Nachts an sich kreuzenden Strassen so viele wollene Puppen aufhieng, als freie Personen männlichen oder weiblichen Geschlechts, und so viel wollene Knäuel, als männliche oder weibliche Sklaven in der Familie waren. Fest. Paul. Diac. s. v. Laneae effigies. p. 121. P. s. v. Pilae effigies. p. 237. 238. — An einem anderen Larenfeste,

wohl auch sein Tischgenosse[1]), und trotz seiner objectiv vermögensrechtlichen Seite doch zugleich auf dem Gebiete erlaubter, juristisch interessanter Handlungen subjectiv fähig war, sowohl

---

Larentinalia, wurden den Diis Manibus servilibus Opfer dargebracht. Varro l. c. VI. 23. 24. — Am Heerde, als einem heiligen Zufluchtsorte, fand auch der Sklave Schutz gegen Misshandlungen seines Herrn. Terent. Heaut. V. 2. 22. — 2. Durch ein Gelübde (votum) wird auch der Sklave auctoritate domini obligirt. Arg. a contr. L. 2. §. 1. D. de poll. (50. 12.) Ulp. Voto autem patresfamilias obligantur, puberes sui juris, filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur. — 3. Der Sklave wird gleich dem Freien zur Ausschwörung eines Eides zugelassen, und so durch denselben religione adstrictus. L. 44. pr. D. de lib. caus. (40. 12.) Venul. Ideo autem solet jusjurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suae potestatis esse coepissent, jurandi necessitatem haberent. Auf den dem Sklaven deferirten oder referirten ausgeschworenen Eid hin wurde dem Herrn eine Klage resp. Exceptio ertheilt. L. 15. D. de jurejur. (12. 2.) Ulp. Sed et si servus meus delato vel relato ei jurejurando juravit, domini esse vel ei dari oportere, puto dandam mihi actionem vel pacti exceptionem propter religionem et conventionem. Polyb. VI. 33. *Danz*, Der sacrale Schutz. S. 63. Note 5. — 4. Dadurch, dass der Sklave an einem Orte beerdigt wurde, verwandelte sich derselbe aus einem locus purus in einen religiosus. L 2. pr. D. de relig. (11. 7.) Ulp. Locum, in quo servus sepultus est, religiosum esse Aristo ait. — Vgl. im Allgemeinen *Rossbach*, Die römische Ehe. S. 12 f. *Jhering*, a. a O.

1) Solange noch der Ackerbau die einzige anständige Erwerbsquelle des alten Römers war, Cato de re rust pr. Varro de re rust. II. pr. Colum. I. pr. §. 10. Cic. de off. I. 42. §. 151, stand der Sklave seinem Herrn dabei als Gehülfe zur Seite. Varro de re rust. I. 17. 2. *Jhering*, a. a. O. S. 176. — Ueber Tischgenossenschaft der Sklaven Plut. Coriol. 24. Sen. Ep. 47. Liegend nahmen die Sklaven nie am Mahle des Herrn Theil, vielmehr sassen sie zu den Füssen der lecti auf Subsellien, wo auch die Kinder und Leute geringeren Standes sassen.. In späterer Zeit erhielten die Sklaven ihre monatlichen oder täglichen Deputate (menstrua, diaria cibaria) an Getreide, Wein, Oliven, Feigen u. dgl. m., demensum genannt, von dem sie sich durch Ersparnisse ein peculium anlegen konnten, das ihnen durch Loskaufen nicht selten zur Freiheit verholfen haben mag. Plaut. Rud. IV. 2. 22 f. Casin. II. 5. 7 f. Verg. Ecl. I. 33. Tac. Annal. XIV. 42. Terent. Phorm. I. 1. 9. Sen. Ep. 80. Peculium suum quod comparaverunt ventre fraudata pro capite numerant. Idem de benef. VII. 4. 8. Orelli Inscr. 2983. L. 39. D. de pecul. (15. 1.) Florent. Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit, vel officio meruerit a quolibet sibi donari, idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit. — Varro (de re rust. I. 17.) ertheilt im Interesse der Landwirthschaft den Rath, dafür zu sorgen, (mancipia) habeant peculium et conjunctas conservas, e quibus habeant filios, . . . ut peculiare aliquid in fundo pascere liceat.

Dritten als seinem Herrn gegenüber in Obligationsverhältnisse einzutreten [1]). — In Folge der absoluten Unfähigkeit des Sklaven

1) L. 14. D. de O. et A. (44—47.) Ulp. Ex contractibus . . civiliter quidem non obligantur (servi), sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederit, manumisso solvam liberor. In dieser Stelle Ulpians sind die Worte et obligant nur vom Verhältnisse des Sklaven zu seinem Herrn zu verstehen, und daher am Schlusse zu servo das Wort meo hinzuzudenken. Denn während sich der Sklave sowohl seinem Herrn wie Dritten gegenüber unbestritten, nur nicht durch das Medium der stipulatio, (quia) non . . factum, sed jus in hac vertitur, L. 38. D. de stip serv. (45. 3.) L. 27. §. 2. D. de pactis (2. 14.) L. 38. § 6. D. de verb. obl. (45. 1.) Gaius III. 104. naturaliter obligiren, naturalis debitor werden konnte, (vgl. die nachfolgenden Stellen), war er naturalis creditor zu werden nur im Verhältnisse zu seinem Herrn im Stande, L. 5. §. 4. L. 9. § 1. D. de pecul. (15. 1.) L. 61. D. de cond. ind. (12. 6.), nicht aber Extraneis gegenüber. L. 7. §. 18. D. de pact. (2. 14) Ueber diese Stelle vgl. *v. Savigny*, System. II. S. 419—423. *Pernice*, Ant. Labeo pag. 145. Nr. 28. Die Gründe dieser Gestaltung der Dinge sind die folgenden: Da der Sklave Alles, was er von Dritten erwarb, unmittelbar ipso jure seinem Herrn erwarb, [Gaius II. 86. sq. Inst. II. 9. Per quas personas nobis adquiritur. L. 41. D. de pec. (15. 1.) Ulp. Itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet], so konnte er selbstverständlich nicht noch daneben als naturalis creditor in die seinem Herrn erworbene obligatio eintreten, vielmehr galt hierin der Rechtssatz: In personam servilem nulla cadit obligatio L. 22. pr. D. de R. J. im vollsten Umfange. — Gieng dagegen der Sklave mit seinem eigenen Herrn eine den letzteren zum Schuldner machende obligatio ein, so hörte er damit von selbst auf Erwerbsinstrument des Herrn zu sein, und daher stand denn der Entstehung einer activen Naturalobligation des Sklaven an und für sich hier ebenso wenig etwas im Wege, als wenn er gar keinen Herrn hatte, für den er erwerben konnte, wiewohl vom letzteren Falle unsere Quellen dies nicht ausdrücklich sagen. *v. Savigny*, a. a. O. S. 419. — Beim Kaufe machte sich deshalb eine Ausnahme geltend, L. 14. §. 3. D. de in diem add. (18. 2.), weil die vom Sklaven dem Herrn verkaufte Sache diesem schon ohnehin gehörte und suae rei emtio non valet; — repetere potero, quia nulla obligatio fuit. L. 16. D. de contrah. emt. (18. 1) *v. Savigny*, a. a. O. S. 424. N. 9. L. 13. pr. D. de cond. ind. (12. 9) Paulus. Naturaliter etiam servus obligatur; et ideo si quis nomine eius solvat, vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, repeti non poterit. — L. 64. D. cod. Tryphonion. Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum; ut enim libertus naturali jure continetur, et dominatio ex jure gentium introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est. L. 19. §. 4. D. de don. (39. 5.) Ulp. Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is

zu processiren [1]), konnten dies allerdings für ihn nur obligationes

---

liber factus eam expromiserit: non erit donatio, sed debiti exsolutio. — Die obligatio naturalis des Sklaven bleibt dies auch nach der Freilassung d. h. also klaglos. Paulus II. 13. 9. Servus si mutuam pecuniam servitutis tempore acceperit, ex ea obligatione post manumissionem conveniri non potest. L. 1. 2. C. an servus ex suo facto [4. 14.]). L. 21. D. depositi (16. 3.) Paulus verb. ex ceteris causis (quam ex deposito) in manumissum actio non datur. — Ueber die Gründe dieser Klaglosigkeit nach erfolgter Freilassung ist man nichts weniger als einig. Die unter sich abweichenden Ansichten v. *Savignys*, *Schwanerts* und *Bekkers* finden sich gegenübergestellt bei *Pernice*, Ant. Labeo p. 150. N. 40., welcher keiner derselben beipflichtet, sondern es vielmehr für absolut unerklärlich findet, warum man die Klage gegen den Sklaven nach seiner Manumission energisch und consequent abgeschnitten, während man doch nach L. 50. §. 2. D. de pecul. (15. 1.) die Naturalobligation des Sklaven als neben der Peculiumklage stehend angesehen habe. — Mir scheint der Grund ein processualischer, in dem Satze: Neque enim actio, quae non fuit ab initio nata, oriri potest L. 17. §. 1. D. de furt. (47. 2.) enthalten gewesen zu sein. Während durch das an einem Extraneus begangene Delict des Sklaven sofort gegen ihn die actio ex delicto ins Leben gerufen worden ist, [L. 18. D. de furt. (47. 2.) Paulus: Quod dicitur, noxam caput sequi, tunc verum est, ut quae initio adversus aliquem nata est, caput nocentis sequatur. §. 17. I. de nox. act. (4. 8.). Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas. L. 9. i. f. D. quod falso tut. (27. 6.) Ulp. adversus eas personas, quae alieno juri subjectae sunt, noxales erunt], welche aber der defensor für ihn zu übernehmen hatte, [L. 21. C. de furt. (6. 2.) verb. huiusmodi hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere aliquis compellitur, . . . Pro eo, qui servus . . . est., noxalem moveri actionem.], rief das Rechtsgeschäft des Sklaven gegen diesen keinerlei Klage ins Dasein, sondern lediglich eine von Haus aus klaglose, naturale obligatio und wenn der Praetor daneben eine actio (ex negotio) de peculio ertheilt hat, so ist dies aus Rücksichten der Billigkeit und zur Förderung des Verkehrs geschehen, [vgl. Gaius IV. 70. i. f. verb. quia ita (i. e. jussu domini cum servo) contrahit, magis . . domini quam servi fidem sequitur. 71. Eadem ratione comparavit (praetor) duas alias actiones etc.], ohne dass aber dabei von einer Vertretung des das Rechtsgeschäft abschliessenden Sklaven durch seinen aus der actio de pe-

(Fortsetzung s. nächste Seite.)

1) L. 13. D si quis cautionibus (2. 11.) Servus conveniri vel convenire non potest. Cum servo nulla actio est. L. 107. D. de R. J. L. cf. § 2. D. de cap. min. (4. 5.) Paul. quia nec praetoria jurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit. L. 5. C. de nox. act. (3. 41.) Diocl. et Max. verb. quam inter servum et liberum civile judicium consistere non possit. In Betreff der servi de dominis querentes, der servi qui contra saevitiam, vel famem vel intolerabilem injuriam . . juste deprecantur vgl. L. 1. § 8. D. de off praef. urb. (1. 12.) §. 3. I. de his qui (1. 8.)

naturales sein[1]), gleichwohl wurden dieselben aber doch nach der Seite ihrer Begründung lediglich vom Standpunkte des Civil-

culio belangten dominus die Rede wäre, wie dies gegenüber der von letzterem für ersteren übernommenen actio ex servi delicto nata der Fall war. Die gegen den ex negotio naturaliter obligirten servus nach dessen manumissio anzustellende Klage würde ihm nicht aus der Zeit der Sklaverei in die der Freiheit gefolgt sein, sondern hätte ganz neu entstehen müssen, und dies war eben nach römischen Rechtsgrundsätzen unmöglich. L. 1. pr. C. de nox. act. (3. 41.) Alexand. verb. quum tamen servus a domino aliquid auferat, quamvis furtum committat, furti tamen actio non est nata, neque adversus ipsum, si postea manumissus est, locum habet. Vgl. Gaius IV. 78. Sed si . . servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur: . . . ideoque et si . . sui juris esse coeperit, neque cum ipso . . agi potest. §. 6. I. de nox. act. (4. 8). — Ein eigenthümlicher Fall lag dann vor, wenn dem Sklaven ein Depositum übergeben und er vor der Rückgabe freigelassen worden war. Wie Ulpian in L. 1. §. 18. D. depositi (16. 3.) berichtet, wollte hier Marcellus die actio depositi gegen den manumissus nicht Platz greifen lassen, sondern, quia et delicta et noxae caput sequuntur, die Klage vielmehr auf den durch die fortgesetzte Weigerung der Rückgabe des Depositum begangenen Dolus begründet wissen, während, wie Paulus bezeugt (L. 21. §. 1. D. eod.), Trebatius, licet ex caeteris causis in manumissum actio non datur, keinen Anstand nahm, dem Deponenten die actio depositi zu gestatten; sicherlich aus keinem anderen Grunde, als weil es sich hier um die rein factische Restitution des natürlichen Besitzes handelte, deren legalisirte Verweigerung einen Treubruch und zugleich eine Bereicherung mit dem Schaden eines Anderen enthalten haben würde. Infitiatio depositi prope furtum est. L. 67. pr. D. de furt. (47. 2.). Ex causa depositi lege XII Tabularum in duplum actio datur, actio Praetoris in simplum. Paulus S. R. II. 12. §. 11. Coll. LL. Mos. et Rom. X. 7. i. f. *C. Sell*, in Sell'schen Jahrb. II. S. 32. ff. — Dass nach einer in die Zeit der Sklaverei hinaufreichenden, vom manumissus fortgesetzten Vermögensverwaltung, si quid connexum fuit, ut separari ratio eius, quod in servitute gestum est, ab eo, quod in libertate gessit, non possit, bei Feststellung der daraus sich ergebenden Ansprüche und Verpflichtungen nach angestellter actio mandati und negotiorum gestorum die Zeit der Sklaverei mit in Betracht gezogen wurde, L. 17. D. de neg. gest. (3. 5.), ergiebt sich eben aus der Untrennbarkeit der in einander greifenden Administrations-Acte. *v. Savigny*, a. a. O. (S. 141. 427). — Nach *Pernice* A. Labeo p. 153 ist die Naturalobligation des Sklaven erst nachlabeonischen, verhältnissmässig späten Ursprungs, und die ganze Theorie offenbar in jeder Beziehung unfertig, (S. 150), während *v. Savigny*, a. a. O. (S. 36. 221.) sagt, die Römer hätten diesen Gegenstand mit grosser Feinheit behandelt, und dieser letzteren Ansicht möchte sich auch der Verfasser anschliessen.

1) L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) *Schwanert*, a. a. O. S. 244. f.

rechts beurtheilt[1]), und da, wo der Sklave ein Peculium hatte, zu dessen Begriffe es gehörte, dass der Inhaber es nicht im Namen des Gewalthabers, sondern auf eigene Rechnung verwaltete[2]), kamen dieselben zwischen ihm und dem Herrn auf dem Wege der deductio zu wechselseitiger voller Geltung[3]). — Mittelbar konnte die Naturalobligation des Sklaven aber selbst zu einer Klage führen, sei es, dass der Herr durch die eingegangenen Verbindlichkeiten des Sklaven im Bereiche der sog. actiones adjectitiae qualitatis in Mitleidenschaft gezogen wurde[4]), ohne dass die obligatio naturalis des Sklaven durch letztere consumirt worden wäre[5]), sei es, dass der mit dem Sklaven contra-

1) L. 49. §. 2. D. de pecul. (15. 1) Pompon. Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat [L. 21. pr. D. de statu lib. (40. 7.)], se debere servo suo, quum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem. L. 4. §. 1. L. 8. D. eod. *v. Savigny*, System. II. S. 423.

2) L. 5. §. 4. D. de pec. (15. 1.) Ulp. Peculium autem Tubero sic definit: . . . quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet deducto inde, si quid domino debetur. *Brinz*, Kritische Blätter. III. S. 51.

3) L. 11. §. 2. D. de pecul. (15. 1.) Ulp. naturalia . . debita spectamus in peculii deductione. L. 5. § 4. L. 9. §. 2. D. eod. Ulp. Peculium autem deducto, quod domino debetur, computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse videtur. Siehe auch §§. 3—8. der L. 9. cit. L. 11. §. 6—9. L 14. 15. etc. L. 54. D. eod. Auch si (servus) ex delicto ei (domino) debeat, utputa ob furtum, quod fecit, kommt die deductio zur Anwendung, indessen nicht die im Betrage der verwirkten poena dupli vel quadrupli, (sed) id solum, quod domino abest. *v. Savigny*, System II. S. 422. 423.

4) L. 41. D. d. pec. (15. 1.) Ulp. Quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid inde in rem domini versum est, in dominum actio datur. — Ueber das Bereich der sg. actiones adjectitiae qualitatis hinaus konnte der Sklave die Lage seines Herrn durch Rechtsgeschäfte nicht verschlechtern. L. 33. i. f. D. depos. (16. 3.) Labeo: verb. quia servus (in deponendo tuum jus deterius facere non potuisset. L. 133. D. d. R. J. L. 27. §. 1. D. ad. S. C. Vell. (16. 1).

5) L. 50. §. 2. D. de pec. (15. 1.) Pap. Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest. Et (ideo) qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si judicium dictatum non fuisset; eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videtur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est. L. 21. §. 2. D. de fidej. (46. 1.) *Pernice*, Ant. Labeo p. 150.

hirende Extraneus, falls er für Bestellung eines Bürgen, eines Pfandes Sorge getragen, daraus eine Klage erwarb [1]), oder sei es endlich, dass der Sklave, dem eine Summe Geldes creditirt war, nach erlangter Freiheit eine expromissio vornahm [2]).

Abgesehen von diesem Stande der Dinge auf dem Gebiete der Rechtsgeschäfte herrscht aber auch über des Sklaven Fähigkeit durch Uebertretung öffentlicher Strafgesetze ein Verbrechen auf sich zu laden und vom Staate desfalls mit öffentlicher, nur härterer Strafe belegt zu werden wie der Freie keinerlei Bedenken [3]).

---

1) L. 13. pr. D. cond. ind. (12. 6.) Paulus: et ob id fidejussor pro servo acceptus tenetur, et pignus pro eo datum tenebitur; et si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id, quod debuit, dederit, utilis pignoratitiae actio reddenda etc. Gaius III. 119. L. 6. §. 2. L. 7. D. de fidej. (46. 1.) §. 1. I. eod. (3. 20.) L. 50. §. 2. D. de pec. (15. 1.). Hatte der Herr für seinen eigenen Sklaven Bürgschaft geleistet, so konnte er die schuldige Summe am Peculium abziehen. L. 9. §. 8. D. de pecul. (15. 1.) Ulp. Sed et si pro servo fidejusserit, deducendum Julianus libr. XII. Dig. scribit.

2) L. 19. §. 4. D. de don. (39. 5.).

3) L. 1. §. 1. 2. L. 4. 11. 28. §. 16. D. de poenis (48. 19.) Callistr. Maiores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos punierunt. — L. 10. pr. D. eod. Macer. In servorum persona ita observatur, ut exemplo humiliorum puniantur. L. 16. §. 3. D eod. Claud. Saturnin. Persona dupliciter spectatur, eius qui fecit; aliter enim puniuntur ex iisdem facinoribus servi, quam liberi. L. 5. D. si ex nox. causa (2. 9.) L. 5. L. 12. §. 4. D. de accus. (48. 2.) Venul. Saturn. Omnibus autem legibus servi rei fiunt, excepta Lege Julia de vi privata, quia ea lege damnati partis tertiae bonorum publicatione puniuntur, quae poena in servum non cadit. Idemque dicendum erit in ceteris legibus, quibus pecuniaria poena irrogatur, vel etiam capitis, quae servorum poenis non convenit, sicuti relegatio. — L. 2. C. de accus. (9. 2.) Alexand. Si cuiusdam criminis obnoxius servus postulatur, dominus eum defendere potest et in judicio sistere, accusatoris intentionibus responsurus. [Quodsi non defendatur, in vincula publica conjici jubetur, ut ex vinculis causam dicat. Papin. in L. 7. pr. D. eod. 48. 3.)] Post probationem autem criminis non ipse dominus, sed servus pro suo delicto condemnationem sustineat. Ideo enim servum suum domino defendere permissum est, ut pro eo possit competentes allegationes offere. Cf. Flav. Vopisc. Div. Aurel. c. 49. Multos servos e familia propria qui peccaverunt legibus audiendos judiciis publicis dedit. — Unanwendbar auf Sklaven waren also nach L. 12. §. 4. cit. Vermögensstrafen und die Relegation. In Bezug auf letztere vgl. indessen L. 2. C. de sepulcro viol. (9. 19.) Aber auch die Lex Cornelia injuriarum mit ihren Strafen litt auf Sklaven keine Anwendung, vielmehr unterlagen sie dafür einer durior poena extra ordinem. Dasselbe galt von

Der einzige Zweifel betrifft eben nur die Privatdelicte des Sklaven und auch hier nicht etwa seine Fähigkeit solche, mögen sie dolose oder culpose sein, zu begehen[1]), sondern nur die Frage, ob und inwieweit durch dieselben für ihn eine wirksame obligatio begründet worden sei? Und selbst in diesem Rahmen ist die Fassung der Frage als Streitfrage noch zu weit, indem zwei Punkte in denselben hineinfallen, in Betreff deren keinerlei Controverse existirt, und dies sind die, 1. dass für den Sklaven schlechthin keine obligatio erwuchs, wenn er ein nicht zu der Kategorie der facinora gehörendes Delict auf Befehl seines Herrn begieng[2]), und 2. dass wenigstens keine klag-

---

der Lex Pompeja de parricidiis, weil der Begriff des parricidium bei ihnen vom Standpunkte des Civilrechts nicht zutraf; sed quum natura est communis, similiter in eos animadverteretur. L. 12. §. 4. D. cit. — Dass die Privatsklaven durch Verurtheilung in metallum vel opus metalli, item in ludum venatorium zur Strafe servi poenae werden konnten, unterliegt keinem Zweifel. L. 8. §. 12. in. D. de poenis (48. 19.) Da sie aber dadurch ihrem Herrn für immer verloren giengen, L. 8. §. 12. i. f. D. cit., so kam dieser Fall thatsächlich nicht leicht vor, L. 34. D. eod. Pap. Servus in opus publicum perpetuum, ac multo magis temporarium non datur, und sollte einmal aus Irrthum eine Verurtheilung in opus temperarium vorgekommen sein, so wurde der Sklave expleto tempore seinem Herrn wieder zurückgegeben, L. 34. i. f. cit., was bei einem in opus perpetuum verurtheilten und später beneficio Principis von der Strafe befreiten servus poenae nicht der Fall war, L. 8. §. 12. i f. cit, wohl aber bei einem solchen, der in vincula temporalia verurtheilt wieder frei kam. L. 8. §. 13. D. eod. Das Eigenthum behielt der Herr selbst an dem servus in perpetua vincula damnatus. L. 8. §. 13. D. cit. Vgl. auch *Ad. Schmidt* a. a. O. S. 7. f.

1) L. 17. pr D. de furt. (47. 2.) Ulp. Servi furtum quidem nobis faciunt etc. L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. si servus furtum faxit noxiamve nocuit; (Worte der XII Tafeln.) Gaius IV. 75. Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint aut injuriam commiserint etc. Pr. I. de nox. act. (4. 8.) Ex maleficiis servorum (veluti si furtum fecerint aut bona rapuerint aut damnum dederint aut injuriam commiserint) noxales actiones proditae sunt. L. 4. §. 2. D. eod. (9. 4.) Paul. ergo dolus servi impunitus erit? Quod est iniquum. §. 1. I de obl. quae quasi ex del. (4. 5.) ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi. L. 1. §. 8. D. de his qui effud. (9. 3.) Ulp. Sed ego puta impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio judicis corrigendum.

2) L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. verb. nam servum nihil deliquisse, si domino jubenti obtemperaverit. Et sane si jussit, potest hoc dici. L. 3. D. eod. Ulp. Aliud est enim, auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere. L. 4. D. de R. J. Ulp. Velle non creditur,

bare Obligatio entstand, wenn der Sklave das Delict an seinem eigenen Herrn begangen hatte.

---

qui obsequitur imperio patris vel domini. L. 169. D. eod. Paulus: Is damnum dat, qui jubet dare; eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit. — Im classischen Rechte war das Dilemma, welche Pflicht des Gehorsams für den Sklaven prävalire, die gegenüber seinem Widerrechtlichkeiten gebietenden Herrn oder die gegenüber dem dieselbe verbietenden Strafgesetze des Staates, analog der in den römischen und griechischen Philosophen-Schulen getroffenen Lösung derselben Frage in Betreff der mit Moral und Recht collidirenden Gehorsamspflicht des Sohnes gegenüber seinem Vater, vermittelnd (Gellius II. 7. Media igitur sententia optima atque tutissima visa est: quaedam esse parendum, quaedam non obsequendum) dahin entschieden, dass der Sklave bei leichteren Vergehen seinem Herrn zu gehorchen, bei schwereren dagegen zu widerstehen habe, wolle er nicht gleich ihm zur Verantwortung gezogen werden. L. 11. §. 7. D. quod vi aut clam (43. 24.) L. 157. pr. D. de R. J. Ulp. Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis, si vel dominis vel his qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus, curatoribus obtemperaverint: L. 21. D. rerum amotarum (25. 2.) Paul. verb. quamvis servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat. L. 17. §. 7. D. de injur. (47. 10.) Ulp. verb. nec in omnia servus parere debet. L. 5. §. 14. D. quod vi aut clam. (43. 24.) Ulp. Et hoc jure utimur, ut, sive ego fecissem sive fieri jussi, interdicto Quod vi aut clam teneor. — L. 1. §. 12. D. de vi (43 16.) Ulp. Dejecisse autem is videtur, qui mandavit vel jussit, ut aliquis dejiceretur; parvi enim referre visum est, suis manibus quis dejiciat an vero per alium. Quare et si familia mea ex voluntate mea dejecerit, ego videor dejecisse. — L. 15. §. 3. D. de Lege Cornel. de falsis (48. 10.) Callistr. verb. nam servos, quum dominis suis parent, necessitate potestatis excusari. [Vom filiusfamilias handeln L. 11. §. 4. L. 12. D. de his qui not. (3. 2.)] — Als facinora, bei denen der Sklave seinem Herrn den Gehorsam verweigern soll, giebt Alfenus Varus in L. 20. D. de O. et A. (44. 7.) die folgenden an: hominem occidere, furtum alicui facere, [aus Gellius XI. 18. i. f. dominus furti sit condemnandus, qui servo suo, uti furtum faceret, imperavit, folgt noch nicht, wie *Rein*, das Criminalrecht der Römer. S. 193. meint, dass der Sklave straflos sei], piraticam facere, vis, quae a maleficio non abest. Zu letzterer gehören grobe Gewaltthätigkeiten, violentia, L. 8. C. ad Leg. Jul. de vi (9. 12.) L. 4. Th. C. eod. (9. 10.) im Gegensatze der Fälle, si aliqua rixa ex litibus et contestatione nata esset aut aliqua vis juris retinendi causa facta esset. L. 20. D. cit. L. 5. §. 11. 12. D. quod vi aut clam. (43. 24.) — Aber auch in Folge der jussu domini an einem Dritten verübten Injurie erscheint der Sklave nach der Manumission verantwortlich, der Herr selbstverständlich sofort. L. 17. §. 7. D. de injur. (47. 10.) — Hat sich der Sklave, si domini auctoritate vel jussione urgetur, der Demolirung eines Grabmales schuldig gemacht, so verfällt er öffentlicher Strafe. L. 1. Th. C. de sepulcro viol. (9. 17.) L. 2. C. eod. (9. 19.) Dagegen wird ihm verziehen, wenn

Während man bis vor kurzem darüber einig war, dass in diesem letzteren Falle schlechthin keine obligatio ins Dasein gerufen würde [1]), hat in neuerer Zeit die Ansicht, dass allerdings eine obligatio naturalis begründet werde, nach dem Vorgange von *Brinz*, Pandekten, erste Auflage. 1857. Bd. I. §. 133. S. 572. in *A. Schmidt*, a. a. O. S. 4—6. einen Vertheidiger gefunden. Da aber die Frage, ob dem in der That so sei, einer abgesonderten Betrachtung unterzogen werden soll, um sie verneinend entscheiden zu können [2]), so spitzt sich die gegenwärtig zu erörternde Streitfrage dahin zu, ob und inwieweit für den Sklaven eine wirksame obligatio durch ein Privatdelict begründet war, welches er an einem Extraneus begangen hatte? [3])

---

er auf Befehl seines Herrn heimlich Bäume abgehauen hat, (furtim caesae arbores). Mit Unrecht nimmt *Rein* a. a. O. das Gegentheil an. L. 7. §. 4. vgl. mit §. 5. D. arb. furt. caes. (47. 7.) Vgl. im Allgemeinen *Pernice*, A. Labeo. p. 118 f.

1) Vgl. *v Savigny*, Syst. V., Beil. IV. S. 418. „Daraus (d. i. aus dem Delicte des Sklaven gegen seinen Herrn) entstand überhaupt keine Obligation, also auch keine Klage nach der Freilassung." §. 6. I. de nox. act. (4. 8.) L. 6. C. an servus (4. 14.) — *Schwanert*, die Naturalobligationen des röm. Rechts. S. 252. „Aus solchen Delicten des servus gegen den dominus entsteht keine actio für den Verletzten, es entsteht überhaupt keine obligatio in irgend einem Sinne. §. 6. I. de nox. act. (4. 8.)"

2) Vgl. weiter unten die betreffende Abhandlung.

3) Hier sei es gestattet, auf den Unterschied aufmerksam zu machen, der sich geltend macht, wann ein Privatdelict von einem Sklaven an einem Extraneus und wann ein solches an einem Sklaven begangen worden ist, z. B. ein furtum, ein damnum injuria datum, eine Injurie. Letzteren Falles erwuchs daraus nicht etwa für den verletzten Sklaven eine Klage, die er nach erlangter Freiheit hätte anstellen können, sondern lediglich sofort eine Noxalklage für seinen Herrn, und zwar vel ex duodecim tabulis vel ex Lege Aquilia. Aus den XII Tafeln stammt die actio furti, die actio de rupitiis sarciendis, an deren Stelle später die actio Legis Aquiliae trat und die Klage wegen einer am Sklaven begangenen injuria atrox, [Gaius III. 223. at si servo (os fractum erat), CL. assium poena statuta est. 225.,] an deren Stelle später die praetorische actio injuriarum aestimatoria getreten ist. Gaius III. 224. Während die Noxalklage gegen den Herrn des delinquirenden Sklaven mit der Freilassung, Veräusserung und dem Tode des letzteren erlosch, dauerte die Strafklage wegen des an seinem Sklaven begangenen Delictes nach allen diesen Ereignissen ungehindert fort. Selbst auf die condictio furtiva hatten diese Vorfälle keinen Einfluss, es sei denn, der Herr hätte den Besitz des gestohlenen Sklaven inzwischen wieder erlangt oder ihn veräussert oder freigelassen. L. 56. D.

Dass diese Frage in Anbetracht ihrer rückhaltlosen Bejahung durch *Ulpian* in L. 14. cit. unter Hinzunahme der soeben angedeuteten sonstigen Verpflichtungsfähigkeit des Sklaven nicht mit der blossen Verweisung auf seine Eigenschaft als Vermögensobject abgethan werden kann, leuchtet von selbst ein. — Warum sollte derselbe Sklave, der sich unbestritten auf dem Gebiete der Rechtsgeschäfte seinem Herrn gegenüber activ und Allen gegenüber passiv naturaliter obligiren, und nach Uebertretung öffentlicher Strafgesetze vom Staate zur Verantwortung gezogen werden konnte, unfähig gewesen sein, sich durch die von ihm an Dritten begangenen Privatdelicte wirksam zu obligiren?

Kommt es doch in unseren Quellen vor, dass es bei einem und demselben Verbrechen des Sklaven lediglich von dem Willen des davon Betroffenen abhängt, ob er denselben öffentlich anklagen oder sich auf dem Wege der Noxalklage Recht verschaffen wolle [1]).

Man erwidere auf Vorstehendes nicht, die Fähigkeit des Sklaven zu Naturalobligationen erkläre sich daraus, dass durch dieselben in Folge ihrer von vornherein vorhandenen Klaglosigkeit kein Conflict mit dem civilrechtlichen Satze: Cum servo nulla actio est L. 107. D. de R. J. hervorgerufen werde, während dies bei Annahme einer ihrem Wesen nach klagbaren obligatio des Sklaven ex delicto der Fall sei. Denn war etwa nicht auch die active und passive Naturalobligation des Sklaven, der kein Peculium hatte, als solche bis zu erlangter Freiheit in ganz

---

de O. et A. (44. 7.) Pompon. Quaecunque actiones servi mei nomine coeperunt competere vel ex duodecim tabulis vel ex Lege Aquilia; vel injuriarum vel furti, eaedem durant, etiam si servus postea vel manumissus, vel alienatus vel mortuus fuerit. Sed et condictio ex furtiva causa competit, nisi si nactus possessionem servi aut alienavero aut manumisero eum. §. 11. I. de lege Aquil. (4. 3.) L. 3. C. eod. (3. 35.) §. 3. I. de injur. (4. 4.) L. 1. §. 3. L. 5. §. 34. 35. 44. D. eod. (47. 10.)

1) L. 3. C. de nox. act. (3. 34.) Diocl. et Max. Sive servum plagii paras accusare solenniter, praesidem provinciae adire non prohiberis, sive dominum eius sollicitati servi noxali judicio vel furti malueris convenire, suam tibi notionem praeses provinciae commodabit, etc. L. 92. D. de furt. (47. 2.) Ulp. Meminisse oportet, nunc furti plerumque criminaliter agi, .. non ideo tamen minus, si velit, poterit civiliter agere. L. 3. D. de priv. del. (47. 1.) L. 1. C. quando civilis actio criminali praejudicet. (9. 31.) — *Zimmern*, Noxalklagen. §. 45. S. 145 f. *Schwanert*, a. a. O. S. 246. N. 6.

gleicher Weise suspendirt, ohne dass sie darum aufgehört hätte als solche zu bestehen? Der Umstand, dass der seinem Sklaven obligirte Herr sein naturale debitum erst nach erfolgter Manumission durch Zahlung tilgen konnte, hat er etwa der Existenz des letzteren während der Sklaverei Abbruch gethan?

Aber auch den zweiten Widerspruch, der in der Annahme der Unfähigkeit des Sklaven sich ex delicto wirksam zu obligiren gegenüber seiner unbestrittenen Fähigkeit sich wegen öffentlicher Verbrechen dem Staate verantwortlich zu machen, enthalten ist, vermeine man nicht durch die Reflexion zu beseitigen, dass der Sklave als Mensch sehr wohl qualificirt sein könne, öffentliche Strafen zu verbüssen, ohne aber darum fähig zu sein, sich durch Privatdelicte zu obligiren, da ihm als einem Vermögensunfähigen die Mittel gefehlt die verwirkte Geldstrafe zu bezahlen. Denn war etwa der zweifellos ex delicto obligirte filiusfamilias im ältesten römischen Recht fähiger wie der Sklave selbständiges Vermögen für sich zu haben? fähiger aus eigenen pecuniären Mitteln die Privatstrafe zu entrichten?

Worauf es ankommt, ist, sich darüber klar zu werden, von welcher Beschaffenheit die Delictsobligationen sind, deren die Sklaven in L. 14. D. cit. fähig erkannt werden. Die Art und Weise, wie Ulpian daselbst von ihnen handelt, lässt darüber keinen Zweifel, dass er dieselben im Vergleiche zu des Sklaven contractlichen Obligationen als die wirksameren aufgefasst wissen will, da er dessen Fähigkeit, sich ex delicto zu obligiren, ganz generell ohne jegliche Einschränkung an die Spitze stellt, und dann erst im scharfen Gegensatz hiervon (quidem — autem) zu den Contractsobligationen des Sklaven übergeht, um ihm hier die Fähigkeit sich civiliter zu verpflichten abzusprechen, die sich naturaliter zu obligiren dagegen zuzuerkennen.

Schon aus diesem Zusammenhang der L. 14 D. cit. allein geht also hervor, dass die Delictsobligation des Sklaven in den Augen des Römers nicht wie die aus Contracten eine bloss naturale, sondern eine obligatio civilis war[1]). Dasselbe Resultat findet aber auch noch darin seine Bestätigung, dass das

1) Vgl. *Cujacius* in Tit. VII. de obl. et act. Lib. XLIV. Dig. ad L. XIV. „Servi ex delictis obligantur extraneis et civiliter et naturaliter, et manumissi obligati remanent. . . Ex contractibus autem servi naturaliter tantum

römische Recht auf dem Gebiet der Delicte und Quasidelicte überhaupt keine Naturalobligationen anerkennt[1]), weil für sie charakteristisch ist, dass der Gläubiger beim Mangel einer Klage doch wenigstens der fides debitoris muss folgen können, was sich einem Delinquenten und Quasidelinquenten gegenüber von selbst verbietet.

---

obligantur. *Schwanert*, a. a. O. S. 245 f. *Ad. Schmidt*, a a. O. S. 10. „Durch ein Privatdelict wird auch der Sklave vollständig obligirt." Münchener Vierteljahrschrift. XV. 4. 1873. S. 613—616. — Nicht ganz correct drückt sich *v. Savigny*, System. V. S. 558. sub b. aus, wenn er sagt: „Der Sklave selbst kann nach der Freilassung belangt werden aus Delicten, nicht aus Contracten; oder mit anderen Worten: seine Obligationen aus Delicten sind nur civiles, die aus Contracten naturales." — Wenn *E. I. Bekker*, Aktionen. I. S. 188. Anm. 8. die Worte der L. 14. D. de O. et A. (44. 7.): „Servi ex delictis obligantur", also erklärt: „Der Anspruch ruht auf ihnen", und dann weiter fortfährt: „aber sie würden doch nicht obligati", wirklich „civiliter obligati" sein, wenn der Anspruch nicht mittels actio zu erzwingen wäre, so liegt darin, weil eben mit dem Sklavendelicte die actio nata ist, die Anerkennung, dass der servus ex delicto suo civiliter obligirt ward. Damit verträgt es sich nun aber nicht, wenn Bekker weiter fortfährt: „Solange sie selber nicht Personen sind, kann wider sie diese actio nicht angestellt werden, trotzdem heissen sie „obligati", wie die „res obligatae", gegen deren Besitzer die dingliche Pfandklage geht, „obligati remanent", der Anspruch ist derselbe geblieben, ebenso die Aktion, nur die Person des zu Beklagenden hat sich geändert." Der Sklave kann doch unmöglich zu gleicher Zeit civiliter obligatus d. h. Rechtssubject und blosses Sicherungsobject gleich einem Pfandgegenstande sein. Dies ist ein Widerspruch.

1) Die obligationes naturales im eigentlichen Sinne sind unbestritten klaglose Obligationen, welche, obgleich von den Römern nur abusive Obligationen genannt, L. 16. §. 4. D. de fidej. (46. 1.) L. 10. 108. 178. D. V. S. (50. 16.) L. 41. D. de pec. (15. 1.) L. 42. §. 1. D. de O. et A. (44. 7.), immerhin noch ein Band der Verpflichtung resp. Berechtigung um diese beiden Personen schlingen, naturale vinculum, naturale debitum im Gegensatze des civile vinculum, civile debitum. L. 59. 64. D. de cond ind. (12. 6) L. 40. § 3. D. de condit. (35. 1.) Und dieses Band ist eben das des Vertrauens des Creditors zum debitor naturalis (fidem sequi debitoris), dass dieser auch ohne staatlichen Klagezwang, wenn es ihm möglich, seiner Verpflichtung nachkommen werde; vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur (naturalis obligatio.) L. 95. §. 4. D. de solut. (46 3.) L. 84. §. 1. D. de R. J. Paulus Lib. III. Quaest. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. *v. Savigny*, System. I. S. 419. N. w. — Eine Sachlage, in welcher auf der einen Seite das römische Recht einer Leistung gegenüber seine Hülfe in Gestalt einer Klage versagt, und auf der anderen

War aber die Delictsobligation des Sklaven eine obligatio civilis, so fragt es sich, wie dies damit vereinbar ist, dass gleich-

---

jeder vernünftige Anhaltspunkt für das Vorhandensein der fides debitoris fehlt, weil von vornherein mit psychologischer Gewissheit vorausgesetzt werden muss, dass der Debitor aus freien Stücken seiner Verpflichtung nicht nachkommen wird, bietet keinen Raum für die Entstehung irgend welcher Obligatio, und eine solche Sachlage ist bei klaglos gedachten Privatdelicten vorhanden. Ein Privatdelict wird erst zu einem solchen durch Verwirkung der darauf stehenden gesetzlichen Privatstrafe; eine von vornherein rechtlich unrealisirbare Privatstrafe ist aber keine verwirkte Strafe und daher erscheint denn die Annahme einer obligatio naturalis ex delicto ein Widerspruch in sich selbst. — Die vorstehende Verwendung der Paulinischen L. 84. zur Charakterisiruug der Naturalobligationen ist übrigens nicht unbestritten, namentlich ist es unter den Neueren *Schwanert*, a. a. O. S. 75 ff., der sie nicht von den auf die fides debitoris sich gründenden Naturalobligationen verstanden wissen will, sondern vielmehr von der obligatio civilis ex credita pecunia. Veranlasst zu dieser exorbitanten Ansicht wird Schwanert zunächst durch die Worte: dare oportere, welche unmöglich von einer klaglosen obligatio gebraucht werden könnten. Das darauf folgende: fidem sequi umfasse zwar allerdings sämmtliche Realobligationen, weil aber eben in L. 84. cit. creditum auf dare oportere genannt sei, so wären damit die übrigen Realobligationen ausgeschlossen, und es bleibe also von ihnen nur das eigentliche creditum, die credita pecunia übrig. Aber noch mehr, nicht ein dare oportere überhaupt, sondern ein dare oportere jure gentium werde verlangt, und damit die expensilatio ausgeschlossen; folglich bleibe nur noch die numeratio und stipulatio; letztere könne aber nur mit der numeratio zusammen, nicht aber für sich allein eine causa für ein creditum sein, und wo beide zusammen träfen, sei die numeratio der eigentliche Grund der obligatio. Die Stipulation könne nun auch juris gentium sein, allein diese Verbindung derselben mit der numeratio sei doch wohl mehr eine Besonderheit des jus civile und unter dem dare jure gentium wohl zweifellos allein das dare auf Grund der numeratio zu verstehen. Der Inhalt der L. 84. cit. wäre mithin dieser: „Von demjenigen, welcher durch numeratio ein Darlehn bekommen hat, kann man sagen, er schulde natura." — Wäre die vorstehende Schwanert'sche Interpretation der L. 84. §. 1. cit. die richtige, so würde man unseren sonst so scharfen präcisen Classiker Paulus nicht von dem Vorwurfe freisprechen können, in diesem Falle einen zumal noch ganz trivialen, juristisch unproductiven Gedanken in Worte eingehüllt zu haben, deren Sinn man nur um den Preis der gezwungensten Auslegung zu enträthseln im Stande wäre. — Allein glücklicher Weise steht die Sache nicht also. — Die ganze Argumentation Schwanerts fällt in sich selbst zusammen, sobald nachgewiesen wird, dass in unserer Stelle bei den Worten: dare oportere nicht an die intentio einer actio stricti juris, der condictio certi ex mutuo gedacht werden kann, und dieser Beweis wird ganz einfach schon durch den Zusatz:

wohl während der Dauer der Sklaverei daraus gegen ihn nicht geklagt werden konnte[1])? Und die Antwort auf diese Frage lautet dahin: die obligatio des Sklaven ex delicto ist und bleibt

jure gentium dare oportere selbst erbracht. Die Verbindung einer aufs Civilrecht sich gründenden intentio mit dem jus gentium, die Ableitung der ersteren aus letzterem ist eine reine Unmöglichkeit. Ein dare oportere in der technischen Sprache des römischen Formularprocesses auf Grund des jus gentium gibt es nicht, weil der ganze römische Civilprocess, das ganze römische Actionenrecht juris civilis ist. Ein intendere dare oportere ist nur für den Kläger möglich, dessen Anspruch ein Satz des römischen Civilrechts zur Seite steht. Gaius IV. 45. Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus, . . NOBIS DARE OPORTERE, . . *quibus juris civilis intentio est. v. Savigny*, System. V. S. 80. 88. Um eine obligatio juris gentium klagbar erscheinen zu lassen, muss sie vorerst im jus civile Anerkennung gefunden haben, d. h. zugleich obligatio juris civilis geworden sein. Solange das nicht der Fall, solange sie als mera juris gentium obligatio, oder, was gleichbedeutend, als ein blosses jure gentium dare oportere erscheint, ist sie klaglos, weil das römische Recht keine actiones juris gentium, sondern nur actiones juris civiles und honorariae kennt, von denen auch die letzteren keineswegs einen Bestandtheil des jus gentium ausmachen. L. 25. §. 2. D. de O. et A. (44. 7.) Ulp. Omnes autem actiones aut civiles dicuntur aut honorariae. L. 39. pr. D. de nox. act. (9. 4.) Julian. verb. juris civilis actio — judicium honorarium. — Unter diesen Verhältnissen kann also in dem ersten Theile unserer Stelle von einem civilrechtlichen klagbaren creditum auf dare oportere, von der pecunia credita nicht die Rede sein, vielmehr nur von einer mera juris gentium obligatio, als deren Grundlage, weil eben bei ihr der debitor nicht civiliter, sondern nur natura debet, Paulus im zweiten Theile ausschliesslich die fides debitoris bezeichnet. — Allerdings sprechen unsere Quellen auch bei Contracten, welche eine Klage erzeugen, von fidem debitoris sequi auf Seiten des Creditors, L. 1. D. de reb. cred. (12. 4.) Omnes . . contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur (rerum creditarum titulus); allein da, wo, wie bei diesen, der Contrahent weiss, dass seinem getäuschten Vertrauen der Staatszwang in Gestalt einer Klage zu Hülfe kommt, ist die fides des Creditors doch offenbar keine so grosse, als da, wo sie wie bei Naturalobligationen die ausschliessliche Basis des ganzen Rechtsverhältnisses bildet. — Darüber, dass das Wort: oportet nicht nothwendig von einem juristischen Zwang in Gestalt einer Klage zu verstehen ist, vgl. die bekannte Stelle von Cicero pro Balbo c. 3. i. f. Est enim aliquid, quod non oporteat, etiam si licet. Quidquid vero non licet, certe, non oportet. — Die vulgäre Bedeutung von dare im Sinne von praestare i. w. S. bedarf nicht erst noch eines besonderen Beweises.

1) L. 7. §. 2. D. de cap. min. (4. 5.) Paulus. nec praetoria jurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit.

darum eine obligatio civilis, weil im Moment der That der durch dieselbe Verletzte einen klagbaren Anspruch wider den Thäter erwirbt, die actio ex delicto insoferne also actio nata ist, wenn sie auch einstweilen in Folge juristischer Hindernisse[1]) noch nicht gegen den Sklaven selbst, sondern vorerst nur an seiner Stelle gegen den Herrn (pro servo in dominum) zur Geltung gebracht werden kann[2]).

Dass dem so sei, ersieht man am einfachsten aus einer Vergleichung der Fälle, in welchen der filiusfamilias und servus an ihrem Gewalthaber ein Delict verübt hatten mit denen, in welchen das Delict an einem Dritten begangen war.

---

1) Einen ganz analogen Fall bietet das tignum junctum der XII Tafeln dar. Dasselbe ruft die reivindicatio hervor. Weil aber die Trennung nicht sofort verlangt werden kann, so bleibt diese actio, obwohl sie nata ist, bis zur erfolgten Trennung suspendirt. Will der Eigenthümer des tignum junctum nicht darauf warten, so ertheilt ihm nun das XII Tafelgesetz die aufs duplum gehende actio de tigno juncto. Denique. Lex duodecim tabularum tignum aedibus junctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit, pretium eius dari voluit. L. 98. §. 8. i. f. D. de sol. (46. 3.) — Auch die actio ex servi delicto directa ist bis zur erlangten Freiheit suspendirt, und solange diese mangelt, wird zum Ersatze die actio noxalis gegen den Herrn ertheilt. Cf. L. 98. §. 8. cit. Videtur magis obligatio cessare quam extincta esse.

2) L. 18. D. de furt. (47. 2.) Paulus. Quod dicitur: *noxam caput sequi*, tunc verum est, ut quae ab initio adversus aliquem nata est, caput nocentis sequatur. — L. 42. pr. D. eod. Idem: Igitur si manumissus sit (servus), persecutio .. noxalis ipsum sequetur. — §. 7. I. de nox. act. (4. 8.) et ideo placuit, in servos tantum modo noxales actiones esse proponendas. — L. 9. D. quod falso tutore etc. (27. 6.) Ulp. (Hae in factum actiones) .. adversus eas personas, quae alieno juri subjectae sunt, noxales erunt. L. 4. §. 15. D. vi bon. rapt. (47. 8.) L. 21. C. de furt. (6. 2.) Justinian. Generalis regula ab antiqua prudentia exposita est, huius modi hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere aliquis compellitur, adversus alium furti actionem habere non concedens ... et pro eo, qui non servus, sed liber et suae potestatis est, noxalem moveri actionem impossibile nostrisque legibus incognitum est. L. 58. D. de rei vind. (6. 1.) Paulus: verb. quod pro eo homine judicium accepisset. L. 21. pr. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. verb. in ea causa res est, ut debeat noxae dedere eum, cuius nomine judicium non suscipitur. — Treffend sagt *A. Schmidt*, a. a. O. S. 18. N. 2. „Obligatio im eigentlichen Sinne ist daher eine jede, woraus der Gläubiger eine Klage hat; dass die Klage wider den eigentlichen Schuldner gerichtet sei, gehört nicht zu dem Begriff."

Während dort dem Vater und dem Herrn nach beendigter patria und dominica postestas die actio ex delicto versagt blieb[1]), stand sie hier dem vom Delicte betroffenen Dritten wider den sui juris gewordenen Delinquenten ganz unbedenklich zu[2]).

Und der Grund dieser Verschiedenheit ist darauf zurückzuführen, dass nach römischem Recht die Frage, ob durch eine Handlung, sei es eine erlaubte oder unerlaubte, eine wirksame obligatio ins Dasein trete, lediglich nach dem Zeitpunkt der Handlung selbst zu bemessen ist. Waren in diesem die Verhältnisse der Art, dass keine klagbare obligatio entstehen konnte, so erscheint es auch unmöglich, eine solche später zur Geltung zu bringen, nachdem sich die Verhältnisse so geändert, dass, wären sie früher dagewesen, die obligatio ins Leben hätte treten können[3]).

---

1) Gaius IV. 78. Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur: nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est, obligatio nascitur; ideoque et si in alienam potestatem pervenerit aut sui juris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest. §. 6. I. de nox. act. (4. 8.) Theoph. ad h. l. L. 11. c. f. D. de min. (4. 4.) Ulp. Ceterum ex delicto in servitute facto domino adversus eum post libertatem actio non competit; et hoc Rescripto Divi Severi (L. 1. C. de nox. act. 3. 41.) continetur. L. 17. §. 1. D. de furt. (47. 2.) L. 64. D. eod. L. 37. D. de nox. act. (9. 4.) L. 6. C. An servus ex suo facto post manumissionem teneatur. (4. 14.) — Kommt der alienus servus ins Eigenthum dessen, an dem er das furtum begangen, so erlischt des letzteren actio furti noxalis, insofern nicht bereits lis constatirt war; auch lebt sie unter dieser Voraussetzung, falls er den Sklaven verkauft, nicht wieder auf, (furti actio non restaurabitur). Ist aber bereits lis contestirt und ich kaufe dann erst den mich bestohlen habenden Sklaven, so wird der Verkäufer verurtheilt, gerade so, als wenn er den Sklaven nicht mir, sonderen einem Anderen verkauft hätte, und zwar fällt für ihn die noxae datio hinweg, da er sich selbst die Möglichkeit dazu durch den Verkauf genommen hat. L. 37. 38. pr. D. de nox. act. (9. 4.)

2) Gaius IV. 77. Omnes autem noxales actiones caput sequuntur: nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; . . si sui juris coeperit esse, directa actio cum ipso est et noxae deditio extinguitur. §. 5. I. de nox. act. (4. 8.) Theoph. ad h. l. Paulus S. R. II. 31. §§. 8. 9. L. 6. D. de nox. act. (9. 4.) L. 15. D. de cond. furt. (13. 1) L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) L. 4. C. an servus ex suo facto etc. (4. 14).

3) L. 29. D. de R. J. Paulus: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. — Cf. L. 26. D. de stip. serv. (45. 3.) verb. ex praesenti vis se accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit. L. 137. §. 6. D. de V. O. (45. 1) verb. nec ad rem pertinet, quod jus

Und umgekehrt, entsteht im Augenblick der Handlung eine wirksame obligatio, deren Klagbarkeit aber für jetzt wegen rechtlicher Gründe blos suspendirt erscheint, (actio quiescit Gaius IV. 78)[1]), so steht nichts im Wege, dieselbe gerichtlich zu verfolgen, sobald die Gründe wegfallen, welche bisher der gerichtlichen Verfolgung des betreffenden Anspruchs im Wege gestanden haben.

Dies sind die Rechtsgrundsätze, welche für die Hervorrufung der obigen Verschiedenheit maassgebend waren. Weil in Folge der organischen Einheit der römischen familia[2]) und des die Glieder derselben mit dem Haupte umfassenden ethischen Bandes, kraft dessen letzterem die Aufrechthaltung der Hausordnung unter Verhängung beliebiger Strafen zukam, (statuendi potestas)[3]), durch

---

mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio L. 83. §. 5. D. eod. §. 2. I. de inut. stip. (2. 19. 62.) L. 98. §. 5. D. de sol. (46. 3) — L. 210. D. de R. J. Licin. Ruf. Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest. L. 201. D. eod. L. 41. §. 1. 2. D. de leg. I. (30.) L. 1. pr. D. de reg. Cat. (34. 7).

1) Der ganze Nachdruck ist auf das Wort: suspendirt zu legen. Ist die Klagbarkeit einer obligatio nicht blos suspendirt, d. i. nicht blos eine obligatio cessans, sondern eine von Anfang an nichtige, resp. später gänzlich erloschene obligatio, d. i. eine obligatio nulla, resp. omnino exstincta s. in perpetuum sublata vorhanden, so erscheint ein späteres Wiederaufleben in Folge des Rechtsgrundsatzes: Obligatio nulla vel in perpetuum sublata restitui non potest L. 29. D. de R. J. L. 98. §. 8. D. de sol. (46. 3.) unter keinerlei Verhältnissen möglich und sollten sich dieselben später auch so gestalten, dass sie, früher vorhanden, der Entstehung der obligatio nicht im Wege gestanden hätten. — Geräth der Delinquent post noxam admissam in feindliche Gefangenschaft, so erlosch die Klage gegen denselben, (exstinguitur actio), erlangte er aber seine frühere Freiheit wieder, so lebte jure postliminii die Delictsklage gegen ihn wieder auf, (renascitur actio), weil sein ganzer Rechtskomplex, und also auch seine obligatio ex delicto, in der Zeit seiner Gefangenschaft nur suspendirt erschien. L. 41. §. 3. D. de furtis. (47. 2.).

2) Cf. L. 1. §. 15. D. de S. C. Libon. (29. 5.) verb. commixta familia est et una domus est. L. 1. D. rer. am. (25. 2.) L. 16. D. de furt. (47. 2.) Paul. Lib. VII. ad Sab. Ne cum filiofamilias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus. L. 4. D. de jud. (5. 1.)

3) L. 17. pr. D. eod. Ulp. Lib. XXXIX. ad Sab. Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur; neque enim

ein vom Haussohn oder Sklaven am paterfamilias resp. dominus begangenes Delict schlechthin keine obligatio entstand, „deshalb", so sagen die Quellen ausdrücklich, „ideo" konnte auch ganz consequent nach beendigter patria und dominica potestas keine actio ex delicto directa gegen den sui juris gewordenen Thäter entstehen[1]). Wo sich im Momente der That keine ex delicto obligatio, keine noxa auf das Haupt des Schuldigen (caput nocentis) gelegt hatte, da konnte ihm eine solche auch nicht in die Freiheit und Selbständigkeit hinein nachfolgen[2]). Und daraus ergibt sich denn umgekehrt, weil bei Delicten der Haussöhne und Sklaven an Dritten nach beendigter patria und dominica potestas der Satz: noxa sequitur caput zur Anwendung kam, und in Folge dessen die actio ex delicto directa angestellt wurde, deshalb musste auch bereits im Augenblick der That eine obligatio civilis begründet, die actio nata gewesen sein[3]), indem jene Wirkung ohne diese Voraussetzung nicht möglich gewesen wäre.

Für die Richtigkeit dieses letzteren Rückschlusses sprechen noch insbesondere die zwiefachen Vorgänge, welche sich vollzogen haben, a. wenn ein Freier, nachdem er sich ex delicto obligirt hatte, Sklave ward, dann aber seine Freiheit wieder gewann, und b. wenn ein fremder Sklave (oder Haussohn) ein Delict begangen hatte, dann aber in die potestas des davon Betroffenen kam und später wieder frei wurde.

---

qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare; idcirco nec actio ei a Veteribus prodita est.

1) Gaius IV. 78. Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur: nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nascitur; ideoque si . . sui juris esse coeperit, neque cum ipso . . . agi potest. §. 6. I. de nox. act. (4. 8.) —

2) L. 17 pr. D. de furt. (47. 2.) Ulp. Se.vi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur . . . §. 1. Unde est quaesitum, si fuerit manumissus, an furti actione teneatur? Et placet non teneri, neque enim actio quae non fuit ab initio nata oriri potest adversus furem. L. 1. C. de nox. act. (3. 41.). Alex. Quamvis alias noxa caput sequatur, et manumissus furti actione teneatur, . . quum tamen servus a domino aliquid auferat, quamvis furtum commitat, tamen actio non est nata neque adversus ipsum, si postea manumissus est, locum habet.

3) L. 18. D. de furt. (47. 2.) Paulus: Quod dicitur: noxam caput sequi tunc verum est, ut, quae ab initio adversus aliquem nata est, caput nocentis sequatur.

Während unter der ersteren Voraussetzung sich bekanntlich die actio ex delicto directa gegen den Thäter zunächst in eine actio ex delicto noxalis wider dessen nunmehrigen Herrn und mit beendigter dominica potestas abermals in eine actio directa gegen den Thäter verwandelte[1]), gieng unter der zweiten Voraussetzung mit dem Erwerb des delinquirenden Sklaven von Seiten des durch das Delict Verletzten nach der von Justinian gebilligten Ansicht der Sabinianer (Gaius IV. 78.) die bisherige actio noxalis unter, (actio intercidit, non solum quiescit), um auch nach beendigter dominica potestas als actio ex delicto directa nicht wieder aufzuleben[2]). — Und aus welchem Grunde diese verschiedene rechtliche Behandlung beider Fälle? — Aus keinem anderen, als weil in dem letzteren durch den Erwerb des Sklaven von Seiten des durch das Delict Betroffenen eine Sachlage geschaffen war, in der das Entstehen und Bestehen einer obligatio und actio ex delicto unmöglich erschien, weshalb denn auch die früher vorhandene erlosch, und einmal erloschen, gegen den freigewordenen Delinquenten nicht mehr geltend gemacht werden konnte[3]), während in dem

1) §. 5. I. de nox. act. (4. 8.) Omnis autem noxalis actio caput sequitur; nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio, si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse, aut si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, et exstinguitur noxae deditio; ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit: nam si liber homo noxiam commiserit, et is servus tuus esse coeperit, . . incipit tecum esse noxalis actio, quae antea directa fuisset. Cf. L. 7. §. 1. D. de cap. min. (4. 5.) Paulus: . . Actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant.

2) §. 6. I. de nox. act. (4. 8.). Si servus domino noxam commiserit, actio nulla nascitur: namque inter dominum et eum, qui in eius potestate est, nulla obligatio nasci potest, ideoque, et si in alienam potestatem servus pervenerit aut manumissus fuerit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate sit, agi potest; unde si alienus servus noxiam tibi commiserit, et is postea in potestate tua esse coeperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit, ideoque, licet exierit de tua potestate, agere non potes. L. 37. D. de nox. act. (9. 4.)

3) Die Sabinianer stützen sich bei ihrer Entscheidung der Streitfrage, si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi, et postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio an quiescat? auf den Rechtssatz: actio intercidit, si in eum casum deducta fuerit, in quo actio consistere non potuerit, Gaius IV. 78. §. 6. I. cit., während die Proculejaner das Gewicht darauf legen, dass nach Erlangung der dominica potestas von

ersteren Falle die obligatio ex delicto des Freien resp. die actio gegen ihn nach dem Eintritte in die potestas des von seinem Delict nicht Betroffenen fortbestand, und folglich auch nach wiedererlangter Freiheit ganz unbedenklich gegen den Thäter selbst klageweise verfolgt werden konnte. Hätte dieser als Sklave aufgehört ex delicto persönlich obligirt zu sein, so würde nach dem abermaligen Eintritte der Freiheit ein derartiges Wiederaufleben der früheren obligatio und actio eben so wenig möglich gewesen sein, wie da, wo der vom Delict eines Freien Betroffene den Thäter als Sklaven erwarb, denn in beiden Fällen hätte dann der römische Rechtssatz: in perpetuum sublata obligatio restitui non potest L. 98. §. 8 D. de solut. (46. 3.) in gleicher Weise zur Anwendung kommen müssen.

Nach allem dem kann also die Veränderung der obligatio ex delicto des Freien, der zum Sklaven und dann wieder frei wurde, während der Dauer der Sklaverei in nichts anderem als in der temporären Suspension der Delictsklage gegen ihn, und in der Hinüberlenkung derselben auf den Herrn bestanden haben; ein Ergebniss, welches dadurch über allen Zweifel erhaben wird, dass die aus der Delictsobligation hervorgehende actio directa wider den Freien, nach eingebüsster Freiheit die actio noxalis wider seinen Herrn und die actio directa gegen den wieder freigewordenen Delinquenten selbst nicht etwa verschiedene Klagen gewesen sind, wie sie es nach der gegnerischen Auffassung hätten sein müssen, sondern eine und dieselbe, bei der je nach der Freiheit oder Sklaverei des Delinquenten nur der Beklagte gewechselt hat;

Seiten des durch das Delict des Sklaven Betroffenen die Klage nicht erst entstehen müsse, sondern gegen den Delinquenten bereits vorher vorhanden gewesen sei und dieselbe daher jetzt nur „als ruhend" betrachtet zu werden brauche, (actio quiescens), um sie nach erlangter Freiheit gegen ihn wieder aufleben zu lassen, (actio resuscitans). Gaius l. c. Auch diese Argumentation der Proculejaner giebt für die Richtigkeit unserer Ausführung einen Beweisgrund ab. Eine Delictsklage, welche mit Eintritt des delinquirenden Sklaven in die Gewalt des davon Betroffenen ruht, um nach erlangter Freiheit gegen ersteren wieder aufzuleben, mues vor jenem Eintritte bereits actio nata gewesen sein, (nam) noxam caput sequi tunc verum est, ut quae ab initio adversus aliquem nata est, caput nocentis sequatur. L. 18. D. de furt. (47. 2.). Ein Anklang an diese Theorie findet sich noch bei dem Proculejaner Neratius in L. 64. D. de furt. (47. 2.)

obligatio resp. actio quae cum capite ambulat[1]); quae noxalis ipsum (manumissum) sequetur[2]); quae quamdiu vivit is qui furtum (delictum) fecit, non perit[3]). — Am einleuchtendsten zeigt sich diese Identität des judicium noxale gegen den Herrn und der actio directa ex delicto wider den frei gewordenen Sklaven noch in zweierlei, einmal darin, dass die Verjährung der letzteren nicht von seiner erlangten Freiheit, sondern von dem Augenblicke berechnet wird, in welchem der frühere Herr noxaliter hätte belangt werden können[4]), und dann darin, dass dem freigewordenen Sklaven nach Durchführung der Noxalklage, wenn er mit der directen Klage belangt wurde, die exceptio rei judicatae zur Seite stand[5]), weil eben die objectiv eine Delictsklage, welche aus seinem Delicte entsprungen durch deren Anstellung gegen den Herrn in litem transferirt, consumirt war und als bereits abgeurtheilt galt, (quasi decisum sit[6]); — eine Thatsache, welche besonders durch den Gegensatz beweisend wirkt, wonach trotz der aus einem Rechtsgeschäfte des Sklaven gegen den Herrn gerichteten actio de peculio die Naturalobligation des ersteren fortbestand[7]). Und

---

1) L. 7. §. 1. D. de cap. dam. (4. 5.)

2) L. 42. pr. D. de furt. (47. 2.)

3) L. 41. §. 2. D. eod. Ulp. Quamdiu vivit is, qui furtum fecit, non perit furti actio, aut enim sui juris est is, qui furtum fecit, et cum ipso actio est, aut alieni juris esse coepit, et actio furti cum eo est, cuius potestati subjectus est; et hoc est, quod dicitur: noxa caput sequitur. L. 18. D. eod. Paulus: Quod dicitur, noxam caput sequi, tunc verum est, ut quae initio adversus aliquem nata est, caput nocentis sequatur.

4) L. 3. D. vi bon. rapt. (47. 8.) Paulus: Si servus rapuerit et cum libero agatur, etiam, si cum domino experiundi potestas fuit, non recte cum manumisso post annum agetur, quia cum quocunque experiundi potestas fuerit, excluditur actor. *A. Schmidt*, Von der Delictsfähigkeit des Sklaven. S. 21.

5) Nach vorstehenden Worten der L. 3. cit. fährt Paulus also fort: et si cum domino intra annum actum sit, deinde cum manumisso agatur, rei judicatae exceptionem nocere Labeo ait.

6) L. 42. §. 1. D. de furt. (47. 2.) Paulus: verb. sed si cum domino (ob furtum servi) actum fuerit, ipso jure manumissum liberari, Sabinus respondet, quasi decisum sit.

7) L. 50. §. 2. D. de pecul. (15. 1.) Papin. Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest. Et ideo qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si judicium dictatum non fuisset, eadem ratione fide-

vollkommen in Uebereinstimmung mit diesem Ergebniss erscheint denn auch der Umstand, dass da, wo nach angestellter, aber nicht durchgeführter Noxalklage der Sklave durch Eintritt der bezüglichen Bedingung (statu liber) oder durch heredis institutio von Seiten des Herrn nach dessen Tode frei ward, das judicium noxale mittelst translatio judicii d. h. unter Belassung der intentio, aber Umgestaltung der condemnatio ganz einfach vom Inhaber der potestas auf den noxius übertragen wurde[1]. Es blieb idem judicium, und weil eben die intentio vor wie nach auf den Herrn lautete, wurde denn auch der jetzt verurtheilte, frei gewordene Sklave als non suo nomine condemnatus nicht infam[2]).

Wollte Jemand aus der zeitigen Hemmung der Klagbarkeit der Delictsobligation des Sklaven ihm gegenüber an dem Vorhandensein derselben zweifeln, so würde ihn der Vorwurf treffen, zwei streng zu scheidende Begriffe: den der suspendirten Execution und der Klaglosigkeit eines Anspruchs mit einander verwechselt

---

jussor quoque utiliter acceptus videtur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est. *Pernice*, Ant. Labeo, p. 150.

1) L. 15. D. de nox. act. (9. 4.) Gaius. Praetor decernere debet, translationem judicii in statu liberum fieri. L. 24. §. 4. D. de lib. causa. (40. 12.) *Keller*, röm. Civilprocess. §. 68. N. 818. Die transferirte formula dürfte etwa so gelautet haben: Si paret, Stichum L. Titii servum furtum fecisse, quam ob rem L. Titium Stichi nomine cum Aulo Agerio pro fure damnum decidere oportet, manumissum Stichum (statt L. Titium) Aulo Agerio . . . condemna, s. n. p. a. *Keller*, in Bekker und Muther Jahrb. III. S. 179. N. 27.

2) L. 14. D. de his qui not. inf. (32.) Paulus: Servus, cuius nomine noxale judicium dominus acceperit, deinde eundem liberum et heredem instituerit, ex eodem judicio damnatus, non est famosus, quia non suo nomine condemnatur, quippe quum initio lis in eum contestata non sit. L. 6. §. 2. D. eod. *Keller*, Ueber Litis contestation und Urtheil. S. 52. „Die Intentio lautet bei Noxalklagen auf den Herrn." Anm. 23. „Ich habe dies in meiner Inauguraldissertation Comment. ad L. Si ex duobus 32. pr. §. 1. ff. De peculio. 1822.) p. 50 ff. nachgewiesen." *v. Bethmann-Hollweg*, Röm. Civilprocess II. §. 100. S. 415. „Die Formula der civilen Noxalklagen drückte in ihrer Intentio die Verpflichtung des Herrn oder Vaters wegen der Noxa des Sklaven oder Sohnes aus, die praetorische, weil in factum concipirt, die Noxa selbst als Thatsache." — Der Versuch *Dietzel's* (Bekker und Muther Jahrb. II. S. 418. a. 1858.) gegen *Keller* nachzuweisen, dass die Noxalklagen auf die Sklaven in der Intentio gelautet haben müssten, ist verfehlt. Vgl. *Keller*, Ebendaselbst. III. S. 179. f. 1859. — Der Ansicht Dietzel's stimmt noch 1868 bei *A. Schmidt*, Die Persönlichkeit des Sklaven nach röm. Rechte. S. 12. Anm. 20. b. —

zu haben. Eine obligatio cessans, bei der die Klage nur einstweilen quiescirt, um beim Eintritte gewisser Verhältnisse wieder aufzuleben, hört darum noch nicht auf eine obligatio civilis zu sein[1]).

§. 3.

B. Widerlegung der gegen die Beweiskraft der L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) von v. Wyss, die Haftung für fremde Culpa nach römischem Rechte. Zürich. 1867. S. 11 ff. versuchte Interpretation.[2])

Steht nach der vorhergegangenen Auseinandersetzung die sachenrechtliche Seite des Sklaven seiner Fähigkeit nicht im Wege, sich selbst durch Privatdelicte Dritten gegenüber persönlich wirksam zu verpflichten, so erhebt sich nunmehr die Frage, auf welche Weise *v. Wyss* mit seiner gegentheiligen Ansicht über den obigen für diese Obligationsfähigkeit des Sklaven so sehr bestimmtes Zeugniss ablegenden Ausspruch *Ulpian's* in L. 14. D. cit. hinwegkommt? Und dies ist denn die, dass er annimmt, *Ulpian* habe von der Unfähigkeit des Sklaven sich ex delicto wirksam zu verpflichten ausgehend durch die Worte: Servi

1) L. 98. §. 8. D. de sol. (46. 3.) verb. ut videatur magis obligatio cessare, quam extincta esse. Gaius IV. 78. cf. L. 36. pr. D. de furt. (47. 2.) verb. interim furti non tenetur. L. 41. §. 2. D. eod. L. 1. pr. L. 2. D. de tigno juncto (47. 3.) §. 29. I. de rer. div. (2. 1.) L. 4. C. an servus (4. 14.) verb. ob eiusmodi admissum (serva servitutis tempore) conveniri non poterat, ad libertatem tamen perducta (nam caput noxa sequitur) furti actione tenetur.

2) Vgl. auch *Bechmann* in s. Recension des v. Wyss'schen Buches, (Münchener Vierteljahrschr. X. (1868. S. 316.), in welcher er sich gegen die dortige Auffassung der L. 14. D. cit. erklärt, weil v. Wyss keinerlei Verhaftung des Sklaven gegenüber dem Betheiligten ex delicto annehme, während ersterer doch ursprünglich der Rache des letzteren preisgegeben gewesen wäre. „Hätte sich der Verf. auf diesen historischen Standpunkt gestellt," fährt *Bechmann* dann weiter fort, „so hätte ihm einerseits die L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) kaum Anlass zu einer, wie ich glaube, gänzlich verfehlten Exegese gegeben, und andererseits hätte ihn das Bedürfniss, den Sklaven selbst doch irgendwo unterzubringen, nicht zu dem unklaren und unhaltbaren Expediens verleitet, von einer doppelten Seite der Noxalhaft zu sprechen, nämlich einmal von der civilrechtlichen, als Gegenstand des gegen den Herrn gerichteten Privatanspruchs, und sodann der strafrechtlichen, als der auf die körperliche Bestrafung des Sklaven selbst abzielenden Massregel. (S. 23.)"

quidem ex delictis obligantur die nach der Manumission in voller Wirksamkeit existirende obligatio nur anticipando an den Zeitpunkt der That als ihres eigentlichen Entstehungsgrundes anknüpfen wollen. Durch die That werde der Sklave obligirt, sie mache ihn verantwortlich und er bleibe es nach der Manumission, d. h. zu einer Zeit, wo nun erst von einem mehr als blos ideellen Bande die Rede sein könne[1]).

Was wider diese Umdeutung der L. 14. D. cit., wonach der Sklave auf der einen Seite durch die That verantwortlich, obligirt, und auf der anderen doch auch wieder nicht obligirt gewesen sein soll, von vornherein spricht, ist, dass der Interpret gar kein Recht hat, den einfachen, klaren, grammatischen Sinn von Gesetzesworten, wie er in den obigen Ulpian'schen vorliegt, auf die Seite zu schieben, um denselben eine künstliche, gezwungene, logische Auslegung zu substituiren[2]), zumal wenn es, wie hier, nur um den Preis geschehen kann, dass — wäre sie richtig — dann unser Classiker gerade das Gegentheil von dem, was in Wirklichkeit Rechtens gewesen, ausgesprochen hätte, und damit offenbar in die Kategorie derer gehörte, von welchen Paulus in L. 3. D. de reb. dub. (34. 5.) sagt: qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur. — Dazu kommt nun aber noch, dass durch die *Wyss*'sche Interpretation der Anfangsworte der L. 14. D. cit. eine Denk- und Vorstellungsweise in das römische Recht hineingetragen wird, die demselben gänzlich fremd ist[3]).

---

1) Zur Unterstützung dieses Satzes zieht *v. Wyss*, S. 13. die L. 20. D. de O. et A. (44. 7.) heran, zufolge deren der Sklave, welcher einen anderen getödtet, oder gestohlen oder Seeräuberei getrieben hat, trotzdem dass er auf Befehl seines Herrn also gehandelt, nach erlangter Freiheit auf Privatstrafe belangt werden kann. Bis dahin soll also das Band zwischen Verletzer und Verletzten nur ein ideales gewesen sein? Und doch räumt *v. Wyss* p. 14. N. 1. selbst ein, dass der letztere gegen den delinquirenden Sklaven sofort mit einer accusatio publica auftreten kann.

2) Cic. de invent. II. 14. §. 127. Quum et scriptum aperte sit . . . tum judicem legi parere, non interpretari legem oportere. Cf. L. 25. §. 1. D. de leg. III. (32.) Paulus: Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Cic. de invent. II. c. 50. §. 152. Non oportere quidquam, nisi quod scriptum sit, considerare. Orat. Partit. c. 38. §. 134. Auct. ad Herenn. II. c. 9. §. 13. *M. Voigt*, Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. III. 1. §. 9. S. 67. f.

3) „Die That selbst ist und bleibt natürlich der wahre Verpflichtungs-

Von der ihr zu Grunde liegenden Unterscheidung blos idealer, in Wirklichkeit aber nicht existirender und realer Obligationen weiss das römische Recht so wenig etwas, wie von der sonstigen Construction des Sachverhältnisses, wornach der Sklave, unfähig durch das an Dritten begangene Delict obligirt zu werden, zunächst das blos eventuelle Object der wider seinen, ausschliesslich daraus obligirten Herrn gerichteten Noxalklage bilden, sich aber im Moment der erlangten Freiheit ganz von selbst in das zu belangende Subject des Delictes verwandeln soll, indem er jetzt erst in die für ihn bisher ungültige, nunmehr aber rechtsgültige obligatio ex delicto als Debitor eintrete[1]).

Was zunächst gegen diese Auffassung spricht, ist der allgemeine römische Rechtssatz: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. L. 19. D. de R. J. Wäre der an Dritten delinquirende Sklave in Wirklichkeit nur eventuelles Object der Noxalklage wider seinen Herrn gewesen, so hätte, da das römische Recht von einer derartigen, durch Verwandlung des Objects in das Subject der Klage zu bewerkstelligenden Convalescenz nichts weiss, auch aus dem Grunde nach erlangter Freiheit des Delinquenten unmöglich ihm gegenüber eine klagbare obligatio ex delicto zu Tage treten können. L. 17. §. 1. L. 18. D. de furt. (47. 2.).

Aber noch weiter, wäre die *Wyss'sche* Theorie, nach welcher durch das Delict des Sklaven nicht er, sondern der Herr allein „in erster und letzter Linie" obligirt worden sein soll, in der That die richtige, dann würde, da doch zweifellos die

---

grund," sagt *v. Wyss* S. 13. N. 2. und doch soll sie den Sklaven nicht sofort verpflichten, vielmehr gleichsam eine obligatio civilis mit der Suspensivbedingung: si manumissus fuerit, erzeugen. Dieser Auffassung liegt zunächst eine Verwechselung der obligatio cessans, quiescens mit der obligatio conditionalis zu Grunde. Sodann ist es aber doch auch ein Widerspruch, dem Sklaven auf der einen Seite jede Fähigkeit, sich ex delicto wirksam zu obligiren, abzusprechen und ihn auf der anderen gleichwohl gleichsam in eine bedingte obligatio civilis eintreten zu lassen.

1) Vgl. L. 137. §. 6. D. de V. O. (45. 1.) Venulej. Nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio (obligatio.) L. 26. D. de stip. serv. (45. 3.) Paulus: Ex praesenti vires accipit stipulatio (obligatio), quamvis petitio ex ea suspensa sit.

actio noxalis eine Delictsklage war[1]), der monströse Fall vorliegen, dass jemand, der gar kein Delict begangen, der Herr, und wäre er selbst eines Delicts unfähig (doli non capax) wie ein furiosus, impubes, L. 2. §. 19. D. vi bon. rapt. (47. 8.), unmittelbar ex delicto obligirt gewesen, der Delinquent (corpus quod deliquerit L. 1. D. de nox. act. 9. 4.) selbst aber unobligirt geblieben wäre. Dies widerspricht nun aber nicht nur dem anerkannten Rechtssatze, wonach bei der actio noxalis gerade umgekehrt der Herr absolut schuldlos, der Sklave ausschliesslich schuldig gewesen sein muss[2]), sondern verstösst auch wider die einfachste Forderung der Gerechtigkeit, wonach nur der straffällig erscheint, welchen die Schuld trifft, und „wo keine Schuld auch keine Strafe ist[3])". Ex delicto kann unmöglich ein anderer obligirt gewesen sein, als der Thäter selbst[4]), der Sklave. Und wenn das römische Recht den Herrn verpflichtet hat, die von jenem verwirkte Privatstrafe für ihn zu entrichten[5]), falls er sich

1) Gaius IV. 75. Ex delictis filiorumfamilias servorumve . . . noxales actiones proditae sunt. Pr. §. 2. I. de nox. act. (4. 8.) L. 7. §. 1. D. de cap. min. (4. 5.) Actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant. L. 1. §. 2. D. de priv. del. (47. 2.) Non tantum in furti, verum in ceteris quoque actionibus, quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt, sive honorariae, id placet, ut noxa caput sequatur. — L. 4. D. de aleat. (11. 5.) Paul. lib. XIX. ad Ed. Item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio agitur.

2) L. 2. de eo per quem factum (2. 10.) Paulus: Sabinus noxale judicium dandum ait, nec factum servi domino obesse debere, nisi hactenus, ut ipse careat, quando ipse nihil deliquit.

3) *Jhering*, Schuldmoment. S. 21. „Bei den Delicten macht die unerlaubte Handlung den ursprünglichen und einzigen Grund des Anspruchs aus."

4) L. 22. C. de poen. (9. 47.) Arcad. et Hon. Sancimus, ibi esse poenam, ubi et noxia est. L. 52. §. 8. D. de O. et A. (44. 7.) Modest. Ex peccato obligamur, quum in facto quaestionis summa consistit. L. 26. D. de poen. (48. 19.) Callistr. unusquisque ex suo admisso sorti subjicitur, nec alieni criminis successor constituitur. L. 22. C. cit. Peccata . . . suos teneant auctores.

5) Darin, dass der Herr als Regel (d. h. vom Bereiche der sg. actiones adjectitiae qualitatis abgesehen) durch die Rechtsgeschäfte seines Sklaven nicht obligirt wurde, lag deshalb keine Härte für die sie Eingehenden, weil es von Jedermanns freier Entschliessung abhieng, ob er mit einem Sklaven ein den Herrn nicht verpflichtendes Negotium eingehen wollte oder nicht. Anders lag die Sache in Betreff der Delicte des Sklaven. Die darin ent-

nicht entschliessen kann, sich von demselben loszusagen, so ist darin nichts weniger als die Anerkennung einer Delictsobligation des Herrn enthalten, sondern nur die einer auf dem Rechtsatze: Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet. L. 149. D. de R. J. basirten obligatio ex lege, unter Uebernahme der actio ex delicto noxalis[1]) für die verwirkte litis aestimatio des Gewaltuntergebenen aufzukommen[2]), weil dieser in Folge der völligen Absorption seiner vermögensrechtlichen Selbständigkeit durch den Gewalthaber ausser Stande war, der auf ihm lastenden Delictsobligation noch zur Zeit thatsächlich gerecht zu werden. Wäre der Herr, statt des Sklaven, ex delicto obligirt gewesen, so hätte die Consequenz erfordert, ihm, dem als schuldig Behandelten, die Möglichkeit zu versagen, sich durch Hingabe des Delinquenten von der Sühne frei zu machen. Vielmehr hätte er dann unter allen Verhältnissen die litis aestimatio zahlen müssen. Die noxae datio ist ihrem innersten Wesen nach nichts anderes als ein Sichlossagen des Gewalthabers von dem schuldigen Gewaltuntergebenen, als ein Abschütteln der ihm gesetzlich obliegenden Verantwortlichkeit für dessen Delicte. L. 2. de eo per quem factum etc. (62. 10).

---

haltene Rechtsverletzung traf den Dritten ohne sein Zuthun. — Uebrigens konnte sich der Herr gegen actiones adjectitiae qualitatis aus Rechtsgeschäften seines Sklaven schützen, wenn er ihn deren Abschluss in einem Anschlag untersagte: quoties in taberna ita scriptum fuisset: cum Januario servo meo negotium geri veto. Brisson. de formulis VI. 119. p. 515—516.

1) L. 39. §. 1. D. de nox. act. (9. 4) verb. noxali actione obligatur (dominus).

2) Mit vollem Rechte erklärt sich *v. Wyss* (S. 14.) gegen *v. Helmolt*, Correalobl. (S. 47), der den Sklaven als Hauptschuldner, den Herrn als accessorischen Schuldner auffasst, wie dies bei der Bürgschaft vorkomme. Vielmehr sind Beide, der delinquirende Sklave und der für ihn zur Vertretung gesetzlich verpflichtete Herr in gleicher Weise unmittelbar im Momente der That obligirt, nur aus verschiedenen Gründen. Beim Sklaven erwächst die obligatio aus dem begangenen Delicte, L. 32. §. 2. D. d. O. et A. (44. 7.), beim Herrn, quando ipse nihil deliquit, L. 2. D. de eo per quem etc. (2. 10)., aus der ihm durchs Gesetz auferlegten Pflicht, seinen delinquirenden Gewaltuntergebenen unter Verstattung der Rechtswohlthat der noxae datio gerichtlich zu vertreten. L. 2. D. cit.

§. 4. Fortsetzung.

Weitere unmittelbare Quellenbelege für die Fähigkeit des Sklaven durch das an einem Extraneus begangene Privatdelict schon während der dominica potestas sich selbst civiliter zu obligiren.

2. a. L. 18. §. 3. D. de mort. caus. don. (39. 6.) Julian. Lib. LX. Digest. Quod hominem noxae nomine vel alias obligatum mortis causa acceperit, tantum accepisse intelligendus est, quanti is homo venire potuisset. Idem in fundo, qui obligatus est, observari poterit, ut pretium excutiatur.

b. L. 174. D. de V. S. Lib. XLII. ad Sabinum. Aliud est promittere furem non esse, aliud furto noxaque solutum; qui enim dicit, furem non esse, de hominis proposito loquitur, qui furtis noxaque solutum, nemini esse furti obligatum promittit.

Ausser der bisher beleuchteten Ulpian'schen L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) liefern auch noch die beiden vorstehenden Stellen directe Zeugnisse für die Fähigkeit des Sklaven sich ex delicto zu obligiren. In der ersteren stellt *Julian* in den Worten: homo (servus) noxae nomine vel alias obligatus zweierlei Arten des Obligirtseins eines servus mortis causa donatus als Minderungsgründe seines Werthes resp. Kaufpreises gegenüber, weil beide in gleicher Weise Besitz und Eigenthum des Sklaven gefährden [1]). — Und was für zweierlei Arten des Obligirtseins des Sklaven werden dies gewesen sein? — Keine anderen als die aus der quellenmässig geläufigsten Doppelbedeutung des Wortes obligatio sich ergebenden [2]) (Bas. XVII. 3. 19. *δοῦλος, ὑποκείμενος ζημίᾳ ἢ*

1) L. 45. §. 1. D. d. legat. I. (30.) Pomponius: Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum promitere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat, sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet. Sed ob id quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, evenit, quominus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat. — Darüber, dass die Noxalklagen nicht zu den eine Eviction begründenden Klagen gehören, vgl. gegen. *K. O. Müller*, Die Eviction (S. 255) *Fuchs*, Von der Litis Denuntiation im Arch. f. pract. R. W. II. S. 383 f.

2) L. 11. D. quib. mod. pign. (20. 6.) Paul. *verb.* pignoris quidem obligationem Caium Seium . . remisisse videri, obligationem autem personalem perseverare. L. 4. D. de pign. (20. 1.) Gaius: verb. res eius propter aliquam obligationem . . . hypothecae nomine obligatae. Vgl. auch L. 28. §. 1. D. S. 60. N. 1. cit. Cf. Cujacius in Lib. LX. Edict. Salv. Jul. ad. L. 18. D. cit. Servus vel fundus aut noxae aut pignoris nomine

ὑποθήκη) zunächst: 1. sein persönliches Obligirtsein ex noxa s. noxae nomine — entsprechend dem Zeugnisse *Ulpian*'s in L. 14. D. cit. Servi ex delicto quidem obligantur, — wodurch er als servus noxali judicio subjectus L. 17. §. 17. D. de aed. ed. (21. 1.) L. 174. D. de V. S. (50. 16.) seinen Herrn, im vorliegenden Falle den mortis causa donatus, qui hominem acceperit, insoferne in Mitleidenschaft zieht, als derselbe, mit der Noxalklage belangt, entweder die verwirkte litis aestimatio oder den delinquirenden Sklaven noxae zu geben hat, und dann 2. sein sachliches Obligirtsein (obligare rem, obligatio rei), wodurch er zum servus pigneratus, pignori datus wird [1]), der auf dem Wege der pfandweisen Veräusserung dem mortis causa donatus ebenso wieder entzogen werden kann, wie der am Schluss unserer Stelle dem servus alias obligatus gleichgestellte fundus obligatus. — Schärfer wie hier geschehen, kann der Gegensatz des Sklaven als Subject und blosses Object einer obligatio nicht füglich hervorgehoben werden. Wäre durch das Delict des Sklaven in der That nicht er, sondern allein in erster Linie und unmittelbar nur der Herr daraus obligirt worden, *Julian*

---

obligatus. Vgl. *Hugo*, Mag. III. 20. *Riedel*, ebend. V. 3. *v. Savigny*, Obl. I. §. 3. *Brinz*, Pandekten. I. §. 82. *Arndts*, Pandekten. §. 200. Anm. 3. c. §. 364. Anm. 3. *Windscheid*, Pandekten. I. §. 224. Anm. 6. *Keller*, Pandekten. §. 191. Anm. 3. *Unger*, Oesterr. Privatrecht. (Dritte Aufl. 1868). I. §. 62. Ueber noch andere ferner liegende Bedeutungen von obligatio vgl. *Dernburg*, Pfandrecht. §. 13. S. 117.

1) L. 6. D. de pign. (10. 1.) Obligatio rerum. L. 6. pr. D. qui sive manumiss. (48. 8.) Marcian. Si quis obligatum servum hac lege emerit ut manumittat, competit libertas ex constitutione Divi Marci, licet bona omnia quis obligaverit, quae habet habiturusve esset. L. 28. §. 1. D. ad. S. C. Vell. (16. 1). Scaev. Fundum uxoris suae maritus obligavit Sempronio ob conductionem, mox muliere a Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam sub obligatione eiusdem fundi solvit statim Sempronio pro marito suo; quaesitum est, an adversus Senatusconsultum obligatus sit? Vgl. *Unger*, a. a. O. Anm. 9. „Für Sachen hat sich der Ausdruck obligari als technischer nur in Beziehung auf das Pfandrecht fortgesetzt". In demselben Momente, in welchem in Betreff eines dinglichen Anspruchs lis contestata ist, z. B. nach angestellter rei vindicatio nimmt übrigens derselbe einen obligatorischen Charakter an, indem sich nunmehr Verletzer und Verletzter persönlich als solche gegenüber stehen. §. 5. I. de except. (4. 13.). Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei indicatae adjuvari.

würde nimmermehr von einem servus noxae nomine obligatus im Gegensatze des servus pigneratus also haben reden können [1]).

Die zweite, von Ulpian herrührende Stelle schliesst sich an die Obliegenheit des auf Grund eines Kaufes, Tausches, Legates u. s. w. einen Sklaven Tradirenden an, für habere licere desselben einzustehen [2]): denn als eine Folge dieser Verpflichtung erschien es, dass er das Versprechen zu leisten hatte: servum furtis noxaque solutum esse [3]), was wesentlich von dem furem non esse ver-

---

1) Auch *Bachofen*, Das römische Pfandrecht. I. S. 226. führt den Ausdruck: homo noxae nomine obligatus in L. 18. §. 3. D. cit. auf eine obligatio rei zurück. Vgl. auch *E. I. Bekker*, Die Aktionen. I. S. 188. N. 8. „Solange sie (die Sklaven) selber nicht Personen sind, kann wider sie diese actio nicht angestellt werden, trotzdem heissen sie „obligati", wie „res obligatae", gegen deren Besitzer die gleiche Pfandklage geht." — Mit Recht sagt *Dernburg*, Pfandrecht. I. S. 119, dass in L. 18. §. 3. D. cit. durch obligare nicht die persönliche Verpflichtung des Herrn des Sklaven zur Leistung der Litisaestimation oder noxae datio bezeichnet werde, vielmehr diene dieses Wort zur Charakterisirung der Stellung des Sklaven selbst. Wenn er aber diese letztere Stellung so aufgefasst wissen will, als wenn der Sklave „jetzt gewissermassen eine dingliche Last überall mit sich hintrage", so spricht dagegen der Umstand, dass der Satz: noxa sequitur caput in unseren Quellen nicht nur in Bezug auf den delinquirenden Sklaven als solchen, sondern auch in Betreff seiner, nachdem er die Freiheit erlangt, und sich die bisherige actio noxalis in eine actio directa umgewandelt hat, zur Anwendung kommt. §. 5. I. de nox. act. (4. 8.) Gaius IV. 77. Nun ist aber die Noxalklage und die directe Klage eine und dieselbe actio ex servi delicto, also müsste auch die Last, welche auf dem Sklaven als Delinquenten liegt, dieselbe sein, welche auf ihm als Freigewordenem ruht, und dies ist doch zweifellos keine dingliche, sondern eine persönliche, die seiner eigenen Verschuldung durch das begangene Delict, für welche nur der Herr, so lange er dies ist, einzutreten hat. — *K. O. Müller*, Lehre von der Eviction. S. 264. geht davon aus, dass Julian in L. 18. §. 3. D. cit. durch die obligatio hominis jenen Zustand der Gebundenheit ausdrücken will, in welchem derselbe als selbsthaftendes Object des Noxalanspruches gedacht werde." Dagegen spricht schon der Umstand, dass es gar keinen Noxalanspruch auf den Sklaven als selbsthaftendes Object klägischerseits gibt, sondern nur eine facultas noxae dedendae, quam reus ex lege accipit; die noxae datio ist nicht in obligatione, sondern nur in solutione, wie *Müller*, S. 261—266 selbst auseinandersetzt. L. 6. §. 1. D. de re jud. (42. 1.)

2) L. 45. §. 1. D. de leg. I. (30.) L. 11. §. 8—12. D. de act. emti (19. 1.) Bas. XIX. 8. L. 11. §. 12. Schol. ad. h. l. L. 2. D. de rer. perm. (19. 4.) L. 72. §. 2. D. de sol. (46. 3.)

3) L. 45. §. 1. D. cit.

schieden war. Während der Tradent durch letzteres sich für die Ehrlichkeit des tradirten Sklaven verbürgte, machte er sich durch ersteres stark dafür, dass derselbe zur Zeit der Uebertragung Niemandem aus einem furtum oder sonstigen Privatdelicte, das zu einem judicium noxale führen könnte, obligirt, kein servus noxali judicio subjectus sei. L. 17. §. 17. D. de aed. ed. (21. 1.) — Qui furtis noxaque solutum, sagt *Ulpian*, (servum) nemini esse furti obligatum promittit[1]). Wäre nicht der Sklave selbst, sondern vielmehr der Herr aus dessen Delict „allein", „in erster und letzter Linie" und „unmittelbar" obligirt gewesen, so hätte offenbar das Versprechen des Tradenten nicht auf die Obligationsfreiheit des Sklaven gerichtet sein können, sondern vielmehr dahin haben lauten müssen, dass er, der Herr nicht durch ein Delict seines Sklaven obligirt sei, und deshalb auch von ihm eine Noxalpflicht auf den Empfänger nicht übergehen könne. Denn dann würde unter dem caput quod noxa sequitur, unter dem judicio noxali subjectus, und unter dem noxa solutus consequenter Weise nicht das caput nocentis, der Sklave, zu verstehen gewesen sein, sondern der Herr, woran doch im Ernste niemand denken kann.

§. 5.

B. Mittelbare Beweisgründe für die Fähigkeit des Sklaven sich durch das an einem Extraneus begangene Privatdelict wirksam zu obligiren.

1. Die ursprüngliche Gleichstellung des zweifellos ex delicto obligirten filiusfamilias mit dem servus in Betreff der noxae datio.

Gaius IV. 75. Ex maleficiis filiorumfamilias servorumve veluti si furtum fecerint aut injuriam commiserint, noxales actiones

1) Hor. Ep. II. 2. 14. Cic. de off. III. 17. qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis praestat Edicto Aedilium. Varro de re rust. II, 10. In horum emtione solet ... stipulatio intercedere, ... eum esse furtis noxisque solutum. — Den zum Verkaufe, meist auf einem Steine oder hölzernen Gerüste (catasta) aufgestellten Sklaven wurde nach einem alten Edicte der Aedilen eine Tafel (titulus Sen. Ep. 47.) angehängt, worauf angegeben war, ob er ein Ausreisser (fugitivus), furto noxave solutus non sit. Gellius IV. 2. Der Sklave, für welchen der Verkäufer keine Garantie leistete, hiess servus pileatus. Gellius VII. *Becker*, Gallus III. Ausgabe. 1863. II. S. 105: Die fures und fugitivi wurden dadurch gebrandmarkt, dass man ihnen ein f auf die Stirne einbrannte; sie hiessen literati. Plaut. Aul. II. 4. 46. spricht von einem trium literarum homo i. e. fur.

proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere: erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse [1]). IV. 76—78.

§. 7. I. de nox. act. (4. 8.) Sed Veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et feminis admisere. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit; etc.

Abgesehen von den bisher in Betracht gezogenen ausdrücklichen Quellenzeugnissen für die Fähigkeit des Sklaven sich ex delicto zu obligiren und von den zu deren Erläuterung bereits benutzten, der allgemeinen Rechtsstellung der Sklaven entnommenen Argumenten giebt es aber auch noch eine ganze Reihe anderer zu demselben Resultat hinführender Gründe und zu diesen gehört denn in erster Linie die durch Quellen classischer Zeit wie die vorstehenden constatirte vollkommene Gleichmässigkeit der rechtlichen Behandlung der zweifellos ex delicto obligirten Haussöhne mit den Sklaven in Betreff der durch ihre Delicte ins Leben gerufenen actiones noxales wider den Gewalthaber [2]), — eine Erscheinung, welche mit der Annahme, dass auf der einen Seite der aus der Delictsobligation des filiusfamilias belangte Vater seinen Sohn als den daraus obligirten Delinquenten, auf der anderen dagegen der Herr als aus dem Delicte seines Sklaven „unmittelbar und allein obligirt" denselben nur als mit Verlust bedrohtes Eigenthumsobject zu vertheidigen gehabt habe, also beiderlei Noxalklagen von Grund aus verschiedenen Principien unterlegen hätten, absolut unvereinbar ist [3]). — Dass im wesentlichen die Noxalhaft des dominus und die des paterfamilias auf einem und demselben Principe beruht haben müsse, sieht sich selbst *v. Wyss* a. a. O. S. 37—41 gemüssigt einzuräumen. Nur sucht er freilich die Einheit dieses Princips auf eine Weise zu construiren, der

---

1) Vgl. Paulus S. R. II. 31. 8—9. L. 32—35. D. de nox. act. (9. 4.) L. 4. D. de cond. furt. (13. 1.) L. 5. §. 5. D. de O. et A. (44. 7.) L. 3. §. 4. D. de hom. lib. exhib. (43. 29.) — L. 9. §. 1. i. f. D. quod falso tut. (27. 6.) L. 17. pr. D. de damn. inf. (39. 2.)

2) *v. Wyss*, a. a. O. S. 37—39.

3) Cf. Servius in Verg. Aen. XI. 143. filii, qui in potestate sunt .... servi loco parenti sunt.

unmöglich beigepflichtet werden kann, wenn er auch der Noxalhaft des paterfamilias den Charakter einer directen unmittelbaren Haftung für fremde Schuld vindicirt, wie er es vorher in Betreff der Noxalhaft des Herrn gethan. Während der Schwerpunkt seiner ganzen früheren Argumentation gegen die herrschende Ansicht von dem Wesen der Noxalklagen aus Sklavendelicten gerade darin liegt, dass, gegen wen ex delicto überhaupt keine obligatio bestehe, wie gegen den Sklaven, der auch nicht aus derselben belangt, resp. von einem Vertreter processualisch vertheidigt werden könne, (S. 16 ff.) muss er selbst zugeben, dass dieser wesentlichste Einwand in Bezug auf den filiusfamilias bei dessen unbestreitbarer Fähigkeit sich durch sein Delict zu obligiren hinfällig werde. (S. 38 a. E.). Statt nun aber in Folge dieses nicht abzuweisenden Zugeständnisses bei der vollständig gleichen Behandlung der Noxalklagen aus Delicten der Sklaven und Haussöhne zu dem jeden Widerspruch lösenden Schlusse zu kommen, dass wie diese so auch jene fähig gewesen sein müssten, sich ex delicto zu obligiren [1]) und dass daher die defensio des

---

1) *Pernice*, Ant. Labeo. S. 117, sieht sich durch die beiden Umstände, 1. dass Freigelassene wegen Verbrechen, die sie als Sklaven begangen haben, bestraft werden können, und 2. dass von jeher die Regel bestanden, wonach der Herr wegen eines Vergehens der Sklaven mit der actio noxalis belangt worden, zu der Annahme bewogen, dass hier der Sklave selbst als Verbrecher angesehen werde, dass er der Nächste sei, der haften müsse und findet für diese Schlussfolge noch eine weitere Bestätigung in der proculeanischen Theorie, wonach die actio noxalis nur ruhte, solange der delinquirende Sklave sich in der Gewalt der Verletzten befand, nicht aber durch Confusion erlosch. Gleichwohl soll nun aber in dieser Construction durchaus keine Anerkennung der Persönlichkeit des Sklaven oder ihrer Willensfähigkeit liegen. Vielmehr werde der Sklave nicht anders behandelt wie das Thier und beide hätten nur zusammengestellt werden können, weil es dem älteren Rechte nur auf die Causalität zwischen der rechtswidrigen Thatsache und der Handlung ankomme, nicht auf die Willensrichtung der handelnden Subjecte. Erst im Laufe der Zeit sei auch diese letztere in Betracht gezogen worden; da habe man der culpa des Menschen bei Thieren die Unartstheorie substituirt und auch allmälig dem Sklaven die selbständige Fähigkeit zu Delicten direct zuerkannt. — Die Differenz der vorstehenden Anschauung von der im Texte dargelegten besteht darin, dass das, was *Pernice* als das schliessliche Resultat der Entwickelung der Noxalklagen in Betreff der Sklaven und Thiere ansieht, nach des Verfassers Ueberzeugung bereits der ursprüngliche Zustand der XII. Tafeln war. — Das Zwölftafelgesetz stellt die filiifamilias, servi und quadrupedes in Be-

Herrn so gut den Charakter einer persönlichen Vertheidigung gehabt haben müsse, wie die des Vaters in Bezug auf das Hauskind, dreht er die Sache gradezu um, indem er, obwohl die

---

treff der möglichen noxae datio ganz auf dieselbe Linie, ohne die ersteren irgendwie gegensätzlich zu den zwei letzteren zu behandeln. Gaius IV. 75. Leges XII Tabul. VIII. 6. XII. 2. Aber auch sonst ist es unerweisbar, dass ursprünglich bei filiisfamilias die Zurechnung, bei den servis und quadrupedibus dagegen nur die Causalität zwischen dem rechtswidrigen Erfolge und dem ihn hervorrufenden Factum in Betracht gezogen worden sei. Vielmehr spricht Gaius da, wo er berichtet, die actio furti noxalis sei durch die XII Tafeln eingeführt worden, (IV. 75. verb. mit 76.), vom furtum filiorumfamilias servorumve ohne die leiseste Andeutung eines derartigen Unterschiedes. Und auch im Uebrigen behandeln unsere Quellen die beiden in Bezug auf Privatdelicte und ihre dabei in Frage kommende innere Stellung, den dolus, die culpa in ganz gleicher Weise. L. 24. §. 3. 4. D. de min. (4. 4.) L. 33. 35. D. de nox. act. (9. 4.) L. 5. §. 5. D. de O. et A. (44. 7.) L. 4. D. de cond. furt. (13. 1.) Aber selbst bei Thieren kommt schon von den frühesten Zeiten an ein Analogon von Zurechnungsfähigkeit, ein Verwirken von Strafe vor, wie am besten die Kunde beweisen kann, dass wenn jemand mit seinem bos arator einen Grenzstein umgeackert hatte, er mit seinem Thiere vor Gericht gestellt und beide zum Tode verurtheilt wurden. Festus (Paul. Diac.) M. p. 368. s. v. *Termino* sacra faciebant, quod in eius tutela fines agrorum esse putabant. Denique Numa Pompilius statuit, eum qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse. *Huschke*, Servius Tullius. S. 218. — Unter diesen Verhältnissen liegt also schlechthin kein innerer Grund zu der Annahme vor, dass die Unterscheidung zwischen damnum contra und secundum naturam sui generis bei Schadenszufügungen der quadrupedes den XII Tafeln noch fremd gewesen, sie erst später aufgekommen sei. Vielmehr entspricht es gerade dem Geiste des alten Römerthums vollkommen, die Thierwelt zu sich heraufzuziehen, ihr menschliche Fehler und Tugenden beizulegen und sie resp. die Herren für ihre Nücken und Tücken, für ihre Unarten verantwortlich zu machen, durch welche Andere zu Schaden gekommen. Gieng ja doch die Gleichstellung des Ackerstieres mit den Menschen so weit, dass seine Tödtung als die eines socius hominum in rustico opere et Cereris minister wie parricidium capital gestraft wurde, Varro de re rust. II. 5. §. 4. Plin. H. N. VIII. 45. Val. Max. VIII. 1. 8. *Huschke*, a. a. O. S. 217., und weiss ja doch Cicero (de nat. deor. II. 63. §. 159.) von einer Zeit zu berichten, in der es als Verbrechen galt, von den Eingeweiden eines Stieres zu essen. — Zu den vorstehenden inneren Gründen für die Annahme, dass die Unterscheidung zwischen damnum contra et secundum naturam animalium schon den XII Tafeln bekannt gewesen, kommt nun aber noch das ausdrückliche Zeugniss der Institutionen, wenn sie von der Einführung der actio si quadrupes pauperiem fecisse dicatur durch das XII Tafelgesetz nur für die Fälle berichten, in denen die pauperies lascivia aut fervore aut feritate animalium angerichtet

obige Basis seiner für Noxalklagen aus Sklavendelicten aufgestellten Theorie bei Delicten der Haussöhne gar nicht zutrifft, dieselben dennoch auf sie angewendet wissen will. — Aber freilich um welchen Preis? — Um den hohen Preis der Annahme, dass zwischen der Delictsobligation des filiusfamilias und der daraus gegen den paterfamilias ertheilten Noxalklage jeglicher Zusammenhang fehle! „Mit der eigenen Delictsobligation des Sohnes", lesen wir S. 43, „hat die actio noxalis gegen den Vater nichts zu thun[1]), nicht weil, sondern neben oder trotzdem, dass der Sohn durch sein maleficium sich selbst verpflichtet, besteht gegen den Vater der Noxalanspruch." Der noxaliter belangte Vater soll nicht aus dem Delicte des Sohnes, für den er als defensor einzutreten verpflichtet war, belangt worden sein, sondern vielmehr selbständig, direct und unmittelbar für fremde Schuld gehaftet haben. (S. 41). Die Vertheidigung seines eines Delicts beschuldigten Sohnes soll, wenigstens für die Zeit des classischen Rechtes, keine defensio alienae causae, sondern eine Vertheidigung seiner (des Vaters) selbst gegen die ihm drohenden Gefahr gewesen sein, den filiusfamilias als eventuelles Haftungsobject zu verlieren. (S. 46. Anm.). Die noxae datio des Sohnes soll nicht als Surrogat der Geldzahlung das Mittel dargeboten haben, die Delictsobligation des Haussohnes zu tilgen[2]), die actio directa gegen den sui juris gewordenen filiusfamilias und die actio noxalis gegen den paterfamilias sollen nicht beide

---

worden. — Und dieser Gesichtspunkt einer gewissen Zurechnungsfähigkeit der Thiere hat sich denn auch durch das spätere römische Recht erhalten. So sagt Ulpian in L. 1. §. 8. D. si quadr. (9. 1.), wenn eine quadrupes die andere gereizt und letztere in Folge dessen Schaden angerichtet habe, die Noxalklage nur gegen den Eigenthümer der quadrupes quae concitavit zu richten sei, und in L. 1. §. 11. D. eod. behandelt er den Fall, in dem zwei Stiere oder Widder sich bekämpfen und einer von beiden dabei todt bleibt. Hier soll nach Quinctius Mucius die actio noxalis wegfallen, wenn der getödtete Stier, Widder der angreifende Theil war, (qui agressus erat), und dieselbe nur Statt finden, wenn der qui non provocaverat dabei todt geblieben.

1) Man vgl. damit aber z. B. Gaius I. 140. quem pater ex noxali causa mancipio dedit, qui furti eius nomine damnatus est.

2) Vgl. damit Paulus S. R. V. 20. §. 4. Commissum vero servorum, si domino videatur, noxae deditione sarcitur. Coll. LL. Mos. et Rom. XII. c. 3. §. 1. L. 1. i. f. D. si ex nox. caus. (2. 9.) L. 37. §. 1. i. f. D. ad Leg. Aq. (9. 2.) §. 2. I. de nox. act. (4. 8.)

auf der Delictsobligation des Sohnes fussen, sondern Ausfluss zweier verschiedener in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehender Obligationen sein, (S. 39—41); — lauter Sätze, die sich bei näherer Betrachtung als absolut unhaltbar erweisen.

Die ganze vorstehende Argumentation steht und fällt je nach Lösung der Frage, ob die actio noxalis gegen den dominus resp. paterfamilias und die actio directa gegen den freigelassenen Sklaven resp. sui juris gewordenen filiusfamilias zwei verschiedene Klagen mit verschiedenem Fundamente sind, oder eine und dieselbe nur mit verschiedenem Beklagten je nach dem Fortbestande oder der Beendigung des betreffenden Gewaltverhältnisses. Und da ist denn bereits oben §. 2. S. 51—53. gezeigt worden, dass von dieser Alternative nur der letztere Theil den Zeugnissen unserer Quellen entspricht. — War aber die actio noxalis und die actio directa in der That eine und dieselbe Klage nur mit verschiedenen Beklagten, so können auch beide nicht Ausflüsse verschiedener Obligationen, sondern nur einer, der obligatio ex delicto servi et filiifamilias gewesen sein. Und waren sie dies, so ist damit auch der von der Gegenseite in Betreff des filiusfamilias (S. 42) geforderte Beweis erbracht, „dass die mit der actio noxalis verfolgbare Obligation subjectiv und objectiv Eine sei mit der den filiusfamilias selbst verpflichtenden." Daraus folgt aber wieder weiter, dass die Noxalhaft des Vaters nicht ohne jeden Zusammenhang mit der obligatio ex delicto des Sohnes selbständig neben derselben hergelaufen sein kann, sondern von dem Gesetze gerade angeordnet wurde, damit der Vater für dieselbe einzutreten d. h. für den Sohn die daraus erwachsene Delictsklage auf sich zu nehmen und durchzuführen habe, falls er sich nicht in concreto genöthigt sehen sollte die behauptete Delictsobligation desselben sofort einzuräumen und sie dann durch Geldzahlung oder als deren Surrogat durch noxae datio zu tilgen.

Wie unter diesen Verhältnissen die Abwendung der noxae datio ganz unmöglich der Endzweck der defensio des Sohnes durch den Vater gewesen sein kann, geht am schlagendsten daraus hervor, dass, um diesen Erfolg zu erreichen, es gar kein sichereres Mittel gab, als gerade die defensio ganz zu unterlassen, weil dann die actio ex delicto sofort gegen den filiusfamilias selbst gieng und von noxae datio weiter keine Rede war [1]).

1) L. 33. D. de nox. act. (9. 4.) Pomp. Noxali judicio invitus nemo

Prüft man, wie *v. Wyss* in Bezug auf die Noxalhaft des Vaters gegenüber seinem filiusfamilias zu einer so auffallenden und gezwungenen Auffassung gelangen konnte, so liegt der Grund darin, dass er es von vornherein (S. 7) für unbedingt nöthig erachtet hat die Noxalklage gegen den Herrn aus Delicten der Sklaven und die gegen den Vater aus Delicten der Hauskinder getrennt zu behandeln, da die beiden Institute der dominica und patria potestas „wenigstens am Ende ihrer Entwickelung auf gänzlich verschiedener Unterlage ruhten." Denn nachdem er einmal, von der Unfähigkeit des Sklaven sich ex delicto zu obligiren ausgehend, dessen defensio durch den Herrn als eine rei defensio dargestellt hatte, fiel entweder diese seine Theorie sofort in sich zusammen, oder er war genöthigt, dieselbe so gut es eben gehen wollte auch den Noxalklagen in Betreff der Delicte des Haussohnes anzupassen. Nun liegt aber darin, dass die dominica und patria potestas „am Ende ihrer Entwickelung auf verschiedener Unterlage ruhten", absolut kein Grund bei Feststellung der Natur und des Wesens der Noxalverbindlichkeit des dominus und paterfamilias beide zu trennen, da es hierbei nicht auf das Ende ihrer Entwickelung, sondern gerade umgekehrt vielmehr auf den Anfang ankommt, bei dem sich ein Rechtsinstitut am reinsten in seinem ursprünglichen Charakter darstellt. — Unmöglich kann der Umstand, zufolge dessen erst im allerneuesten Kaiserrechte dem Vater seine bisherige noxale Verpflichtung für den delinquirenden Haussohn einzutreten abgenommen und statt dessen von nun an die Delictsklage ausschliesslich gegen den Thäter selbst gerichtet

---

cogitur alium defendere, sed carere debet eo, quem non defendit, si servus est; quodsi liber est, qui in potestate sit, indistincte ipsi sui defensio danda est. L. 34. D. eod. Julian. quoties enim nemo filiumfamilias ex causa delicti defendit, in eum judicium datur. [*v. Wyss.* S. 46. Anm. nimmt an, der Zusatz: si servus est, sei von den Compilatoren eingeschoben; woher sonst die Worte: alium defendere anstatt servum defendere? — Antwort: Gerade weil Pomponius sagen wollte, dass weder der Herr noch der Vater gezwungen werden könne, die defensio für den filiusfamilias und servus zu übernehmen, wählte er den beide umfassenden Ausdruck alium defendere. Derselbe beweist also nicht nur nicht dagegen, sondern dafür, dass von Anfang an in L. 32. cit. von beiden die Rede war und demnach kein Emblem Tribonians darin zu finden ist.] Paulus S. R. II. 31. 9.

wurde, rücklings darin eine Aenderung hervorbringen, dass die Noxalverbindlichkeit des Vaters und des Herrn, solange sie neben einander bestanden, — und dies war mindestens bis in die Zeiten des classischen Rechtes der Fall [1]), — in gleicher Weise auf dem Principe der persönlichen Vertheidigungspflicht des Gewalthabers gegenüber seinen Gewaltuntergebenen, seien es filiifamilias oder servi, beruht hat. Ist doch selbst noch im Corpus juris ganz im allgemeinen von personis, quae alieno juri subjectae sunt, quae in aliena potestate sunt, als von Objecten der noxae datio die Rede [2])! Ja in einer ganzen Reihe von Stellen der Digesten werden die filiifamilias und servi noch ausdrücklich neben einander gestellt, oder die ersteren sogar allein in einer Weise erwähnt, als wenn sie noch immer Gegenstände der noxae datio wären [3]).

§. 6. Fortsetzung.

2. Die Zulässigkeit der actio furti und das Versagtbleiben der condictio furtiva gegen den Sklaven nach erlangter Freiheit.

L. 15. D. de cond. furt. (13. 1.) Celsus Lib. XII. Dig. Quod ab alio servus subripuit, eius nomine liber factus furti tenetur; condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit.

Auch dieser Ausspruch des Celsus, wornach der Sklave, welcher an einem Extraneus ein furtum begangen, nach erlangter Freiheit von diesem zwar mit der actio furti, dagegen nicht mit der condictio furtiva belangt werden konnte, es sei denn, er hätte, erst freigeworden, sich der Contrectation schuldig gemacht, ist geeignet mittelbar zum Beweise der Fähigkeit des Sklaven zu dienen, sich ex delicto civiliter zu obligiren. Denn der Grund dieser Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung beider Klagen ist wieder kein anderer, als der schon oben zur Geltung gebrachte, dass gegen den Sklaven nach erlangter Freiheit aus früheren Verpflichtungsgründen nur dann geklagt werden konnte,

---

1) Gaius IV. 75. 77. 79. Paul. S. R. II. 31. §. 8. 9.

2) L. 9. §. 1. D. quod falso tutore (27. 6.) L. 17. pr. D. de damn. inf. (39. 2.)

3) L. 24. §. 3. 4. D. de min. (4. 4.) L. 34. D. de nox. act. (9. 4.) L. 3. §. 4. D. de lib. hom. exh. (43. 29.) L. 5. §. 5. D. de O. et A. (44. 7.) L. 4. D. de cond. furt. (13. 1.)

wenn durch sie bereits vorher actio nata war, und umgekehrt, dass nach erlangter Freiheit jegliche Klage versagt blieb, welche nicht bereits vorher begründet gewesen[1]). Daraus folgt einerseits, dass, weil aus dem vom servus an einem Extraneus begangenen furtum, nachdem er die Freiheit erlangt, mit der actio furti gegen ihn geklagt werden konnte, schon vorher eine, wenngleich noch nicht sofort exequirbare obligatio civilis begründet gewesen sein muss und andrerseits, dass, weil die condictio furtiva wider den freigewordenen Sklaven aus einem früheren furtum versagt blieb, auch vorher keine obligatio civilis zur Rückerstattung der res furtivae für ihn bestanden haben kann.

Während die erstere Folgerung nach den früheren Erörterungen keines besonderen Nachweises mehr bedarf, vergegenwärtige man sich zur Klarstellung der letzteren, dass die condictio furtiva keine Delicts- sondern eine durch die Bereicherung ex furto hervorgerufene quasicontractliche Klage ist[2]) und dass der Sklave ex contractu und quasi ex contractu zwar den Herrn auf dem Wege der actiones adjectitiae qualitatis civiliter, (aus dem Grunde erwächst auch aus dem furtum des Sklaven die condictio furtiva de peculio gegen ihn)[3]), sich selbst aber sowohl seinem Herrn als Dritten gegenüber nur naturaliter obligiren konnte. Denn daraus geht dann weiter hervor, dass der ein furtum begehende Sklave auch nur naturaliter obligirt wurde, die entwendeten Gegenstände zurückzuerstatten, oder nach deren Untergang zu ersetzen. Servus debitor ex causa condictionis factus est. L. 30. pr. D. de act. emti (19. 1).

Dass dem also gewesen, zeigen unsere Quellen vorzugsweise an dem Falle, in welchem das furtum von dem mit einem Peculium betrauten Sklaven am eigenen Herrn begangen worden war, indem sie auseinandersetzen, dass unter den vom Peculium zu deducirenden, resp. dasselbe ipso jure mindernden debitis naturalibus des Sklaven gegenüber seinem Herrn[4]) auch seine naturale

---

1) L. 17. §. 1. D. de furt. (47. 2.) vgl. m. L. 18. C. 4. 9. L. 1. C. de nox. act. (3. 41.)

2) *v. Savigny*, System. V. S. 551 f. No. XV—XVIII. *v. Vangerow*, Pandekten. III. S. 574 f.

3) L. 19. D. de cond. furt. (13. 1.) Paulus: Julianus ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem condictionem in peculium respondit.

4) L. 11. §. 1. D. de pec. (14. 1.) Ulp. Naturalia debita spectamus in

Schuld der Rückerstattung der vorhandenen res furtivae resp. des Ersatzes der untergegangenen mit in Anrechnung gekommen ist[1]), und dass folgeweise der Herr, welcher seinen Sklaven sammt dem Peculium verkauft, auch das Recht hatte, den einfachen Betrag der ihm von diesem vor der Tradition entwendeten Sachen, selbst wenn sie untergegangen sein sollten, abzuziehen, weil er eben ex causa condictionis sein naturaler Debitor geworden[2]).

Trotzdem dass unsere Quellen das debitum naturale des Sklaven zur Rückerstattung der res furtivae besonders für den Fall des am eigenen Herrn begangenen furtums in Betracht ziehen, unterliegt es doch nicht dem leisesten Bedenken, dass dieselbe obligatio naturalis auch dann zu Tage getreten ist, wenn das furtum an einem Extraneus begangen worden, da die Fähigkeit des Sklaven sich ex contractu et quasi ex contractu naturaliter passiv zu obligiren eine ganz allgemeine war[3]). Gerade weil nun aber diese obligatio des Sklaven zur Rückerstattung des res furtivae nur eine naturale war, deshalb musste auch nach erfolgter Manumission die condictio furtiva wider ihn versagt bleiben[4]), indem die Klaglosigkeit das Wesen der Naturalobligationen ausmacht und ihre Verwandlung in eine Civilobligation im Momente

---

peculii deductione. L. 5. §. 4. L. 9. §. 2. D. eod. L. 6. pr. L. 8. pr. D. de pec. leg. (33. 8.)

1) L. 30. pr. D. de act. emti (19. 1.) Africanus Lib. VIII. Quaest. Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res, quam surripuit, interierit, nihilominus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est, ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. — L. 9. §. 6. D. de pec. (15. 1.) Ulp. Lib. XIX. ad Ed. Sed et si ex delicto ei debeat (servus), utputa ob furtum, quod fecit, aeque deducetur. Sed est quaestionis, utrum ipsa furti aestimatio, id est, solum, quod domino abest, an vero tantum, quantum si alineus servus commisisset id est cum furti poenis? Sed prior sententia verior est, ut ipsa furti aestimatio deducetur.

2) L. 30. pr. L. 9. §. 6. D. cit. Vgl. *Glück*, P. C. XIII. S. 195 f.

3) L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) L. 13. D. de cond. ind. (12. 6.) *v. Savigny*, System. II. S. 424. Note 6.

4) Vgl. L. 1. §. 18. D. depos. (16. 3.) Paulus: S. R. II. 14. 9. Servus si mutuam pecuniam servitutis tempore acceperit, ex ea obligatione post manumissionem conveniri non potest. L. 1. 2. C. an servus ex suo facto post manumissionem teneatur. (4. 14.)

eintretender Freiheit des fur der römische Rechtssatz im Wege stand: Actio, quae non fuit ab initio nata, oriri non potest. L. 17. §. 1. D. de furt. (47. 2.)

§. 7. Fortsetzung.

3. Die sorgfältige Abwägung der Zurechnung und Schuld des Herrn sowie des delinquirenden Sklaven, je nachdem das Delict vom Herrn befohlen, nur zugelassen oder ohne dessen Wissen und Willen begangen war.

a. L. 4. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus Lib. III. ad Ed. Quum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est, nisi forte Praetor unam poenam a domino exigi voluit; ergo dolus servi impunitus erit? Quod est iniquum, imo utroque modo dominus tenebitur, una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur.

b. L. 2. §. 1. D. eod. Ulp. Lib. XVIII. ad Ed. verb. nam servum nihil deliquisse, si domino jubenti obtemperavit. Et sane, si jussit, potest hoc dici; si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? ... si servus furtum faxit noxiamve nocuit, ... poterit dici, etiam servi nomine cum domino agi posse noxali judicio, ut, quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret.

Ad a. Hiernach wird, falls der Sklave an einem Dritten ein Privatdelict mit Wissen seines Herrn begangen, ohne von ihm (trotz der dazu vorhandenen Möglichkeit, L. 4. pr. D. de nox. act. 9. 4) daran gehindert worden zu sein, durch dieses Delict von zwei Seiten her Strafe verwirkt, (una — altera poena), einmal und zunächst vom Sklaven, dessen dolus nicht sollte unbestraft bleiben dürfen, (poena ob dolum servi), und dann vom Herrn, weil er sich durch das Geschehenlassen des Delicts zum Mitschuldigen gemacht hat, (poena ob scientiam domini). — Es fragt sich nur, worin das beiderseitige Unrecht und die dadurch verwirkte Strafe bestand? Und da ist denn, wie an einem anderen Orte näher gezeigt werden wird, (vgl. Abh. V. über die act. in sol. u. nox.), von vornherein festzuhalten, zunächst, dass das in Frage stehende Privatdelict nur einmal, — vom Sklaven begangen, die darauf stehende Privatstrafe daher auch nur einmal — von ihm verwirkt ist, und demnach die obligatio ex

delicto lediglich auf seinem Haupte als dem caput nocens ruht; und dann, dass die Strafe des dominus conscius wegen schuldvoll unterbliebener Verhinderung des Delictes in einer Erweiterung seiner ihm schon als dominus ignorans aufliegenden Verpflichtung für das Delict des Sklaven aufzukommen besteht, indem dieselbe sich aus einer eventuellen und temporären nunmehr in eine definitive und perpetuelle verwandelt.

War der dominus conscius zur Zeit der That auch noch Eigenthümer zur Zeit der Litiscontestation, so hieng es vom Willen des Klägers ab, ob er den letzteren wegen seiner geschärften Verpflichtung, d. h. als dominus conscius in solidum (suo nomine) belangen oder als einfachen Eigenthümer mit dem Rechte der noxae datio (servi nomine) in Anspruch nehmen wolle; imo utroque modo tenetur (dominus), L. 4. §. 4. D. cit., wobei sich aber nach Vorstehendem von selbst verstand, dass falls die litis aestimatio auf die eine Weise erzielt war, sie auf die andere nicht noch einmal in Anspruch genommen werden konnte, una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur. L. 4. §. 4. D. cit. —

Ad b. Ganz dieselbe Beweiskraft für die Fähigkeit des Sklaven sich ex delicto zu obligiren, wie die L. 4. §. 2. D. cit. des Paulus hat aber auch die obige L. 2. §. 1. D. cit. Ulpians, wenn darin gesagt wird, dass der dem stricten Befehl seines Herrn gehorchende Sklave kein Delict begehe, nihil deliquisse, d. i. keine obligatio ex delicto auf sich lade, während dies bei blosser conscientia et patientia domini der Fall sei; si autem non prohibuit (dominus) quemadmodum factum servi excusabimus? Und daher konnte denn nach classischem und neuerem Recht unter letztgedachter Voraussetzung der auch hier zur gerichtlichen Vertretung des delinquirenden Sklaven verpflichtete Herr nicht nur unter Bezugnahme auf seine innere Stellung zu dem fraglichen Delicte (suo nomine) in Anspruch genommen werden, sondern auch abgesehen davon lediglich als der Eigenthümer des Sklaven im Momente der Litiscontestation, (servi nomine), weil der gegen den dominus conscius als solchen eröffnete Rechtsweg zwar dessen Pflichtenkreis erweiterte, darum aber der widerrechtlichen Handlung des Sklaven ihren Delictscharakter nicht benahm; (quod datur Aquilia adversus dominum non servum excusat, sed dominum onerat).

Dass bei der uns in beiden vorstehenden Stellen entgegentretenden sorgfältigen Abwägung der Zurechnung und Schuld des Herrn sowie des delinquirenden Sklaven, je nachdem das Delict von ersterem befohlen oder nur zugelassen oder inscio domino begangen worden, von der Voraussetzung der Fähigkeit des Sklaven ausgegangen ist, sich wirksam ex delicto zu obligiren, und dass demnach die entgegengesetzte Annahme, wonach der Sklave bei der Noxalklage wider den Herrn als reines Eigenthumsobject in Betracht kommen soll, auch in Folge der LL. citt. unhaltbar ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Hat ja doch selbst *v. Wyss* a. a. O. S. 24 die beiden besprochenen Stellen nur so mit seiner Theorie vereinigen zu können geglaubt, dass er in ihnen „ins Justinianische Recht übergegangene Spuren der alten Anschauung findet, wonach die noxae datio, obschon sie öconomisch dem Herrn zur Last falle, eine poena servi sei." In Wahrheit finden sich nun aber derartige Spuren einer veralteten Anschauung der noxae datio hier nirgends vor; vielmehr tritt sie uns in den obigen Stellen als das entgegen, was sie schon von den Zeiten der XII Tafeln an war und geblieben ist, — als die dem unschuldigen Herrn zugestandene Rechtswohlthat, sich von der Erfüllung der servi obligatio ex delicto durch Hingabe des Schuldigen zu befreien.

Schliesslich soll nicht unbemerkt bleiben, dass *v. Wyss* selbst seine Ansicht nicht einmal consequent durchgeführt hat, indem er an der einen Stelle (S. 17) den Sklaven in causis noxalibus als „blosses Forderungsobject" darstellt, an der anderen (S. 31) ihn „hauptsächlich nur als Vermögensobject" in Betracht kommen lässt, und schliesslich doch (S. 24. 31.) in der noxae datio eine poena servi erkennt, damit also den Sklaven wegen seines Delicts haften lässt, während er doch davon ausgegangen, dass durch dasselbe lediglich der Herr in erster und letzter Linie obligirt werde.

§. 8.

II. Beweisgründe dafür, dass die defensio servi von Seiten des Herrn bei Noxalklagen kein blosses rem defendere, sondern Vertheidigung des obligirten Sklaven gewesen ist.

1. Unsere Quellen bekunden zu wiederholten Malen, dass der dominus an der Stelle des Sklaven, pro servo, die actio noxalis auf sich nehme.

L. 39. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Julian. Lib. IX. Dig. L. 58. D. de rei vind. (6. 1.) Paulus Lib. III. Epit. L. 21. C. de furtis (6. 2.) Justinian. a. 530.

Besteht das Resultat der bisherigen Untersuchung in dem Nachweise, dass der Sklave die Fähigkeit gehabt hat, sich ex causa delicti zu obligiren, so folgt schon daraus von selbst, dass auch die defensio des aus dem Delicte seines Sklaven belangten Herrn nicht den Charakter der Vertheidigung eines durch das judicium noxale eventuell bedrohten Eigenthums gehabt haben kann, sondern persönliche Vertheidigung seines eines Delicts bezüchtigten Sklaven gewesen ist[1]). Gleichwohl soll aber die erstere, von *v. Wyss* vertheidigte und bereits anderwärts gebilligte[2]) Auf-

1) Dies war auch bis vor Kurzem die allgemein herrschende Ansicht. Vgl. z. B. *Keller*, Röm. Civilprocess. §. 65. a. E. „Dasselbe Verhältniss findet auch bei persönlichen Klagen ausnahmsweise da statt, wo der Beklagte in fremdem Namen belangt wird, wie namentlich bei Noxalklagen." (Belegstellen finden sich dafür in Anm. 754.) *A. Schmidt*, Von der Delictsfähigkeit des Sklaven nach röm. Recht. Abth. 1. S. 14. — Daraus, dass die defensio domini eine Vertheidigung des persönlich obligirten servus ist, folgt natürlich noch nicht, dass die Noxalhaft als eine blosse procuratorische Vertretungspflicht aufzufassen sei; vielmehr ist sie auf die ursprünglich unbedingte Auslieferungspflicht des Herrn zum Behufe eigener Züchtigung von Seiten des durch das Delict des Sklaven Verletzten (vgl. Abh. I) und auf die später (seit den XII. Tafeln) an deren Stelle tretende Verpflichtung zur Leistung der litis aestimatio zurückzuführen, gegen welche beide sich zu wehren die defensio servi die Bestimmung hatte. Vgl. auch *Bechmann* a. a. O. S. 316. — Eine der bei Noxalklagen analoge defensio des Sklaven von Seiten seines Herrn findet dann statt, wann der aus Rechtsgeschäften einem Dritten Obligirte eine capitis deminutio maxima erleidet. Denn dann wird die gegen den nunmehrigen Sklaven nicht mehr zulässige Klage als actio utilis gegen den Herrn gerichtet, der die defensio in solidum zu übernehmen verpflichtet ist, will er nicht, dass der Kläger in bona capite deminuti immittirt werde. L. 7. §. 2. D. de cap. min. (4. 5.)

2) Vgl. *Schlesinger*, Ueber die defensio bei Noxalklagen, in Zeitschrift

fassung noch einer näheren Prüfung unterzogen werden, weil durch ihre Widerlegung der früher geführte Beweis der Fähigkeit des Sklaven, sich ex delicto civiliter zu obligiren, noch eine erneute Bestätigung findet.

Darüber dass die Ausdrücke defensio, defendere sowohl für das Verhältniss des persönlichen Vertreters des Beklagten (defensio personae) unendlich oft vorkommt[1]), als auch gebraucht werden, wo der Beklagte einen klägerischen Angriff auf sein Eigenthumsobject abwehrt (defensio rei)[2]), herrscht von keiner Seite Zweifel,

---

für Rechtsgeschichte v. Rudorff u. s. w. VIII. S. 202. 203. „Dies (die defensio der delinquirenden hausunterthänigen Person durch den Gewalthaber) hat nicht den Sinn, als ob der Gewalthaber hier als freiwilliger defensor für einen eigentlich gegen den Delinquenten selbst zu richtenden Anspruch einträte; sondern es ist gemeint analog der defensio rei bei dinglichen Klagen, auf welche sich einzulassen niemand genöthigt wird, der bereit ist, dem Kläger den Besitz des in Anspruch genommenen Objects zu überlassen." Die Anmerkung hierzu lautet: „Dies ist gegen abweichende Auffassungen überzeugend dargethan durch *v. Wyss*, Die Haftung für fremde Culpa. S. 8 ff., besonders S. 15 f. Anders jedoch wieder *Ad. Schmidt*, Die Persönlichkeit des Sklaven nach römischem Recht. Abth. 1. (1868.) S. 12. Anm. 20." — *G. Hartmann*, Die Obligation. 1875. S. 157. Anm. 13. „Klar und praecis finden sich besonders bei *v. Wyss*, Die Haftung für fremde Culpa. S. 7—36. die Gründe entwickelt gegen die Annahme einer privaten Selbsthaftung des servus im alten Recht und einer blossen Vertretungspflicht des jeweiligen Herrn. Vielmehr handelt es sich hier um ein direct auf den Kopf des Herrn abgestelltes: „dare oportere", L. 42. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) und eventuell um einen wirklichen Uebergang der Schuldnereigenschaft." — Dass Vorstehendem gegenüber der Umstand, wornach mit dem Eigenthume des Sklaven auch die actio noxalis gegen den Herrn erlischt, und statt deren die actio directa gegen den manumissus erwächst, weit entfernt ist, eine Anerkennung der Singularsuccession des Sklaven in die Schuld des Herrn zu enthalten, dafür liefert die ganze gegenwärtige Abhandlung den Beweis. Dem delinquirenden Sklaven und seinem Herrn gegenüber handelt es sich nur um eine Delictsobligation, die auf dem caput nocentis, dem Sklaven, ruht, und von diesem, so lange er lebt, und er nicht in die Gewalt des Verletzten kommt, auch nicht weicht, nur dass die Verpflichtung vor Gericht dafür aufzukommen wechseln kann. Vgl. *Pernice* in Goldschmidt etc. Zeitschrift f. Handelsrecht. XXI. (VI. N. F.) 1875. S. 331.

1) Vgl. z. B. L. 8. pr. L. 15. §. 1. L. 28. 33. §. 3. 4. L. 35. pr. §. 2. 3. L. 37. §. 1. L. 51. §. 1. D. de procur. (3. 3.) §. 5. I. de satisdat. (4. 11). Gaius IV. 101. L. 33. D. de nox. act. (9. 4.) Pomp. Noxali judicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo, quem non defendit, si servus est.

2) L. 156. pr. D. de R. J. Ulp. Invitus nemo rem cogitur defen-

und daher geht denn auch *v. Wyss* a. a. O. S. 16 davon aus, dass die defensio servi durch den Herrn in causis noxalibus an und für sich das eine so gut bezeichnen könne wie das andere. Weil er aber die vollständige Unfähigkeit des Sklaven, sich ex delicto zu verpflichten, voraussetzt, hält er von diesen zwei möglichen Bedeutungen der defensio servi in causis noxalibus deren sachliche Beziehung für die allein statthafte, da derjenige, gegen welchen überhaupt keine obligatio bestehe, aus derselben auch nicht belangt, resp. von einem Vertreter processualisch vertheidigt werden könne. — Nun hat ja aber die frühere Untersuchung gezeigt, dass der Sklave keineswegs unfähig war, sich ex delicto zu obligiren, und damit fällt denn das gegnerische Argument für die sachliche Bedeutung der defensio servi als die ausschliesslich zulässige in causis noxalibus schon deshalb in sich zusammen. Vielmehr hat das römische Recht, gerade weil der servus ex delicto obligatus gar nicht, [nec praetoria jurisdictione L. 7. §. 1. D. de cap. min. (4. 5.)], der filius ex delicto obligatus in älterer Zeit wegen seiner Vermögenslosigkeit nicht mit Erfolg belangt werden konnte, den Gewalthaber [ja den zeitigen bonae fidei possessor L. 21. C. de furt. (6. 2.)], wie es in L. 39. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) heisst, noxali actione obligirt, d. h. falls er sich nicht von seinem Gewaltuntergebenen aus freien Stücken lossagen wollte, verpflichtet, die gegen denselben erwachsene Delictsklage [1]) statt seiner als Noxalklage auf sich zu nehmen und durchzuführen. Pro servo convenitur (dominus), sagt Ulpian in L. 39. §. 1. D. cit.; si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit, beginnt Paulus den §. 1. der L. 2. D. si ex noxali causa (2. 9.) und in L. 58. D. de rei vind. (6. 1.) bezeichnet er die Uebernahme der Noxalklage durch pro homine (servo) judicium (furti) accipere. Ausdrücklich bestätigt wird dieses

---

dere. L. 43. §. 6. D. de proc. (3. 3.) rem defendere. L. 40. D. de neg. gest. (3. 5.) partem meam defendere. L. 9. §. 1. D. de exc. rei. iud. (44. 2.) fundum . . defendere. L. β. §. 4. D. si servit. vind. (8. 5.) servitutem sibi defendere etc. L. 54. D. de rei. vind. (61. 1.) Ulp. Inter officium advocationis et rei suae defensionem multum est.

1) Vgl. L. 1. pr. D. de incend. (47. 9.) Ulp. Libr. LVI. ad Ed. Item in servum et in familiam judicium dabo. §. 7. I. de nox. act. (4. 8.) Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas etc.

Sachverhältniss aber auch noch von Justinian in L. 21. C. de furtis (6. 2.), wenn er daselbst den servus und filiusfamilias ins Auge fassend einer generalis regula ab antiqua prudentia exposita gedenkt, die nicht gestatte, hujusmodi hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere aliquis compellitur, adversus alium furti actionem habere, und am Schlusse diese generalis regula fürs neueste Recht auf den Sklaven mit den Worten beschränkt, quia generalis regula de servo prolata est, et pro eo qui non servus, sed liber et suae potestatis est, noxalem moveri actionem impossibile nostrisque legibus incognitum est. —

Wer gesetzlich verpflichtet war, für einen Anderen als Beklagter eine Klage auf sich zu nehmen[1]), wie zur Zeit des classischen Rechtes der noxaliter belangte paterfamilias, der dominus pro servo suo, der erschien als des Vertretenen per-

---

1) Cf. L. 22. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus: Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet, aut absentem defendere; quod nisi faciat, *punitur*, atque si praesentem non noxae dederit. — Die Frage, ob der Herr zur defensio seines delinquirenden Sklaven verpflichtet sei, ob für ihn eine obligatio servum defendendi bestehe, ist streitig. Während z. B. *Keller*, Röm. Civilproc. Fünfte Wach'sche Ausgabe (1876.) §. 65. N. 754. S. 310. die Noxalklagen zu den Fällen zählt, in denen für den Herrn eine Pflicht zur Defension ebensowenig bestehe, wie bei den actiones in rem für den Beklagten, erklärt *A. Schmidt*, (Von der Delictsfähigkeit der Sklaven nach römischem Recht. Erste Abtheilung. S. 21. 22.) die defensio domini für eine Zwangspflicht wie jede andere Verpflichtung. Im Resultate kommt freilich beides darin auf Eins hinaus, dass der dominus die defensio durch noxae datio umgehen kann, und dieselbe also auch in den Augen der Anhänger der letzteren Ansicht keine unbedingte ist. Allein darum entspricht doch nur die zweite der beiden Auffassungen der Darstellung unserer Quellen, L. 21. D. de nox. act. (9. 4.) wie auch noch daraus hervorgeht, dass die Folgen der unterbliebenen defensio und noxae datio — das praetorische duci iubere servum L. 6. D. de Publ. act. (6. 2.) L. 32. 39. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.) — als eine Strafe des Herrn bezeichnet, L. 22. §. 3. D. cit. und ganz consequent aus dessen dolus oder desidia abgeleitet wird. L. 26. §. 6. D. eod. — Unter diesen Verhältnissen erscheint also die absolute Gleichstellung der Noxalklagen und der actiones in rem in Betreff der Berechtigung des Beklagten, den Process aufzunehmen oder unter Ueberlassung des Besitzes an den Kläger abzulehnen, nicht gerechtfertigt, da die Unterlassung einer defensio bei letzteren als ein einfacher Verzicht, bei letzteren als eine zur Strafe führende Unterlassung zu betrachten ist.

sönlicher defensor[1]), dessen Aufgabe gerade darin bestand, eandem vicem quam reus subire. L. 51. §. 1. D. de procur. et defens. (3. 3.)[2]). Und darin standen sich der Sklave und der Haussohn ganz gleich. Dies beweisen abgesehen von der L. 21. C. cit. die Stellen, welche den Vater und Herrn, den filiusfamilias und servus zusammenfassend von der activen defensio dessen, qui in potestate habet, von der passiven dessen, qui in aliena potestate est, reden, L. 29. (Gaius) L. 32. (Callistratus) D. de nox. act. (9. 4.) und unter ausdrücklicher Hervorhebung der Gegensätze: servus und liber, qui in potestate est, die defensio beider auf eine und dieselbe Linie setzen. L. 33. D. eod. Pomponius. Lib. XIV. ad Sab. Noxali judicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo, quem non defendit, si servus est, quod si liber est, qui in potestate sit, indistincte ipsi sui defensio danda est. Vgl. L. 3. §. 4. D. de libero homine exhib. (43. 29.)

§. 9. Fortsetzung.

2. Die zum Beweise für den sachlichen Charakter der defensio servi durch den Herrn herangezogene Analogie der defensio rei des mit der rei vindicatio Belangten trifft nicht zu, weil der mit der actio noxalis Auftretende den Besitz des Sklaven weder eventuell noch alternativ in Anspruch nimmt, sondern ausschliesslich die litis aestimatio.

Ganz dasselbe Resultat ergiebt sich aber auch noch auf einem anderen Wege. *v. Wyss* hat es nicht entgehen können, dass der Ausdruck: rem suam defendere besonders für den dinglich Beklagten in Uebung ist, weil bei Obligationen eine körperliche

1) L. 39. §. 1. D. cit. (9. 4.) Qui autem pro servo convenitur, satisdatione onerandus non est, non enim offert se defensioni alieni servi. Hiernach übernimmt also derjenige, qui pro servo suo noxaliter belangt wird, dessen defensio. — L. 2. §. 1. D. cit. (2. 9.) Si absens sit, pro quo noxalis actio alicui competit, siquidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel judicio eum sisti promittere, vel judicium accipere, aut si nolit defendere, cauturum quum primum potuerit se exhibiturum. Hiernach ist also pro servo judicicium noxale accipere und defendere absolut dasselbe.

2) Vgl. L. 34. §. 3. D. de iurei. (12. 2.) Ulp. Julianus scribit ... defensorem iurare non compelli, sufficereque ad plenam defensionem, si paratus sit judicium accipere. L. 52. D. de R. I. Ulp. Non defendere videtur, ... qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem. L. 29. D. de nox. act. (9. 4.)

Sache nur mittelbarer Gegenstand derselben sein kann, des Beklagten defensio bei dieser also zunächst gegen das ihm zugemuthete dare, facere, praestare gerichtet ist. Und deshalb hilft er sich (S. 16) zur Unterstützung seiner Ansicht durch die Annahme, der Gegenstand der Haftung des aus der noxa des Sklaven in erster und letzter Linie obligirten Herrn sei nicht der gewöhnliche Inhalt der entsprechenden Delictsobligation schlechthin, sondern alternativ damit die Herausgabe des Sklaven, von der sich der dominus condemnatus befreien könne. Uebernehme er also den Process, so vertheidige er sich wie der dinglich Beklagte gegen einen Anspruch, der wenigstens eventuell ihm den Besitz des Sklaven entziehen wolle; weigere er die Einlassung, was ihm frei stehe, so müsse er die Besitzübertragung an den adversarius dulden und daher erkläre sich denn die Ausdrucksweise: dominus defendit servum, defensio servi, servus indefensus[1]) etc. —

1) Dieser Auffassung stimmt im wesentlichen auch *E. I. Bekker*, Actionen I. S. 185 f. bei. Er sagt, die Durchführung der Noxalklage kehre sich wider die Person desjenigen, der die Sache inne habe, nicht wesentlich anders als bei der Durchführung von Eigenthum und anderen dinglichen Rechten. Ueber die Differenz, zufolge deren die Intentio bei der Noxalklage: Si paret dari oportere, bei der rei vindicatio aber: Si paret hominem ex iure Quiritium Auli Agerii esse lautete, Gaius IV. 41, kommt Bekker S. 186 durch die Reflexion hinweg, dass wenn auch die Vindication also concipirt worden sei, sie dann doch auch auf ein „restitui oportere“ hätte gestellt werden können. Der obigen Theorie zu Liebe wird dann (S. 186) der Sohn „als verletzende Sache“ dem Sklaven, Thiere absolut gleichgestellt. „Der Action“, heisst es S. 187, „muss also ein von dem (sächlichen) des Anspruchs verschiedenes (persönliches) Object gegeben werden. Als solches kann vernünftiger Weise nur in Frage kommen, wer die Möglichkeit hat, dem Berechtigten behufs der Realisirung von dessen Anspruch das sächliche Object herauszugeben.“ — Nun konnte ja aber der hier dem Sklaven, Thiere absolut gleichgestellte filiusfamilias ex delicto suo auch selbst belangt werden, [L. 39. D. de O. et A. (44. 7.) Gaius: Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, et ob id agi eum eo tanquam cum patrefamilias potest. L. 33. D. de nox. act. (9. 4.) L. 34. eod.;] wie verträgt sich dies mit der Auffassung des Haussohnes als „einer verletzenden Sache“, „eines blossen Rechtsobjects?“ Jede Delictsklage aus dem Delict des servus, filiusfamilias setzt doch zwei Subjecte, ein verletzendes und ein verletztes voraus, und wenn nun der filiusfamilias das verletzende Subject ist, so kann er doch nicht zugleich reines Object, blosse Sache sein, oder soll etwa seine Eigenschaft, je nachdem der Vater für ihn wegen seines Delicts als defensor eintrat oder er

An dieser Auffassung ist von vornherein zu tadeln, dass der mit einer actio noxalis belangte dominus und der auf Herausgabe einer Sache Belangte gleichgestellt werden, weil jenem wenigstens eventuell der Besitz eines Sklaven entzogen werden solle. Für den auf Herausgabe des Besitzes einer Sache gerichteten dinglichen Anspruch ist es gerade charakteristisch, dass er die Sache unmittelbar und nicht erst eventuell in Anspruch nimmt[1]). Dazu kommt aber noch, dass der den dominus noxaliter Belangende auch nicht einmal eventuell (S. 16) und ebensowenig alternativ den Besitz des Sklaven in Anspruch nimmt, sondern einzig und allein die vom Sklaven verwirkte litis aestimatio[2]), indem die noxae datio nicht in obligatione (pro actore), sondern in solutione (pro reo) est, quae e lege tribuitur, L. 6. §. 1. D. de re jud. (42. 1.) Cf. L. 44. §. 5. D. de O. et A. (44. 7.) und darum auch keinen Bestandtheil der intentio bildet, gegen die als pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, Gaius IV. 41., doch allein die defensio des Beklagten gerichtet war. Die hier vorkommende Alternative kam nicht dem Kläger, sondern lediglich dem Beklagten zu gut und daher fand die noxae datio in der condemnatio ihre Stelle, aber selbst hier nicht als ein mit der actio judicati zu erzwingender Bestandtheil des Urtheils, sondern nur insoferne, als der Praetor, falls der Kläger cum noxae datione geklagt hatte, den judex anwies, den Beklagten in die mit der actio judicati ausschliesslich zu erlangende litis aestimatio zu verurtheilen[3]),

---

sich selbst vertheidigte, wechseln? Auch dadurch, dass der filiusfamilias auf S. 189 als „Quasisache" dargestellt ist, wird der Widerspruch nicht gehoben.

1) Vgl. *Windscheid*, Pandekten I. §. 43. Note 1.

2) *v. Wyss* a. a. O. dreht die Sache geradezu um, indem er S. 25 „von der eventuellen Haftung auf die aestimatio" spricht, und dasselbe thut *Kuntze* in seinem Cursus des römischen Rechts, Zweite Aufl. 1879. §. 140. S. 81., wenn er „den Beschädigten berechtigt" erklärt, „mit actio noxalis Auslieferung noxae causa vom Gewalthaber zu fordern, welcher jedoch statt dessen Geldentschädigung bieten darf." Durch diese Darstellung kommt *Kuntze* mit sich selbst in Widerspruch, indem er weiter unten §. 732. S. 514. anerkennt, dass die noxae datio in solutione sei, quae ex lege (XII. tabularum) tribuitur, nicht in obligatione. Was nicht in obligatione ist, kann auch mit der Noxalklage nicht verlangt werden, weil es kein Inhalt der intentio ist.

3) L. 6. §. 1. D. de re jud. (42. 1.) Ulp. libr. LVIII. ad Ed. Decem aut noxae dedere condemnatus judicati in decem tenetur; facultatem

ihm aber daneben durch den Zusatz: aut noxae dare bis zur Anstellung der actio judicati von Seiten des Siegers das Recht vorzubehalten, sich von Entrichtung dieser Urtheilssumme durch noxae datio zu befreien[1]) oder mit anderen Worten, von einem: Si paret — noxae dare oportere war bei Noxalklagen keinerlei Rede[2]), weil eben die noxae datio, wie bereits mehrfach bemerkt,

---

enim noxae dedendae ex lege accepit. At is, qui stipulatus est decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt, eaque singula separatim stipulari possumus. At judicium solius noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo judicati decem agitur; his enim solis condemnatur; noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur. L. 20. §. 5. D. de her. pet. (5. 3.) Ulp. Lib. XV. ad Ed. Item recte ait, si noxali iudicio condemnatus sit possessore defuncto, non posse eum dedentem noxae officio iudicis liberari, quia tamdiu quis habet noxae dedendae facultatem, quamdiu iudicati conveniatur; post susceptum judicium non potest noxae dedendo se liberare, suscepit autem petitionem hereditatis. Vgl. *Francke*, Commentar über den Pand. Tit. de hereditatis petitione I. S. 218. 219. Paulus S. R. II. 31. 7. Servus, qui furtum fecerit damnumve dederit, nisi id pro sui quantitate dominus sarcire sit paratus, noxae dedi potest. Cf. L. 44. §. 5. D. de O. et A. (44. 7.) Paulus: Si ita stipulatus sim.: Si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus. Vgl. *Ribbentrop*, Correalobl. S. 255. N. 14. *Karlowa*, Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen. S. 120.

1) L. 1. pr. D. de his qui effud. (9. 3.) Ulp. lib. XXIII. ad Ed. verb. Si servus insciente domino fecisse dicatur, in judicio adjiciam: aut noxae dedere. L. 5. §. 6. D. eod. L. 42. pr. D. de furt. (47. 2.) Pr. I. de nox. act. (4. 8.) Noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur aut litis aestimationem sufferre aut ipsum hominem noxae dedere. §. 1. I. de off. jud. (4. 17.) Et ideo si noxale judicio addictus est, observare debet, ut si condemnandus videbitur dominus, ita debeat condemnare: Publium Mevium Lucio Titio decem aureis condemno aut noxam dedere. Vgl. *A. Schmidt* a. a O. S. 27. „Zwar fand es (das Recht der noxae datio) zugleich auch in der formellen condemnatio ausdrückliche Erwähnung, jedoch zur materiellen condemnatio gehörte es nicht: die Formel und das Urtheil erkennen die noxae datio an, aber nicht als alternative Verurtheilung, sondern als Recht des auf Geld Verurtheilten."

2) *M. Voigt*, Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung bezeichnender Ausdrücke S. 132. 133. glaubt in L. 1. §. 11. D. si quadr. (9. 1.) in den Worten: competeret actio: quam ob rem sibi aut noxiam sarcire aut noxae dedere oportere die intentio der actio de pauperie zu erkennen. Dies widerspricht aber der Natur der noxae datio als einer

seit den XII Tafeln den Charakter einer blossen facultas noxae dedendae, einer Rechtswohltat an sich trug, auf Grund deren der unschuldige Herr durch Hingabe des schuldigen Sklaven (caput nocens) die Leistung der litis aestimatio von sich abweisen konnte und zur Abwehr dieser vom Gesetz ihm eigens zugestandenen Rechtswohlthat eine defensio seinerseits anzunehmen, ist doch wohl die stärkste contradictio in adjecto, die sich denken lässt. —

In welchem Maass die defensio servi, das defendere servum des mit der rei vindicatio auf Herausgabe des Sklaven Belangten und die defensio servi, das defendere servum von Seiten des dominus gegenüber der wider ihn angestellten actio noxalis ihrem innersten Wesen nach verschieden sind, geht recht schlagend aus der Gegenüberstellung beider für die Fälle hervor, in denen die rei vindicatio gegen zwei Mitbesitzer derselben Sache pro indiviso zusteht und in denen die actio noxalis gegen zwei Eigenthümer des delinquirenden Sklaven begründet ist. Unter der ersteren Voraussetzung kann der Eigenthümer von jedem der beiden Besitzer nur dimidiam partem mit der rei vindicatio in Anspruch nehmen[1]), und auf diese Hälfte allein bezieht sich auch die de-

---

facultas noxae dedendae. Daraus, dass Ulpian sagt, der verklagte Eigenthümer des Schaden anrichtenden Thieres müsse jenen ersetzen oder dieses noxae geben, folgt noch nicht, dass der Kläger Beides alternativ fordern dürfe. — Auch *A. Schmidt* a. a. O. S. 25 spricht von einer alternativen Verpflichtung des dominus auf Leistung der litis aestimatio oder der noxae datio bei der eigentlichen Noxalklage, im Gegensatze der Klage gegen den dominus sciens, bei welcher lediglich auf die litis aestimatio geklagt werde. Weil die noxae datio kein Bestandtheil der intentio war, wurde bei beiden in gleicher Weise nur auf die litis aestimatio geklagt und auch nur zur Leistung desselben (im eigentl. Sinne) condemnirt. Vgl. *Schmidt* in der vorletzten Note.

1) L. 35. §. 3. D. de rei vind. (6. 1) Paulus: Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat. Arg. L. 8. D. eod. Idem: Pomponius libro trigesimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. — L. 1. §. 2. D. Si pars hered. petatur (5. 4) Ulp. Et si possessor et petitor possideant hereditatem, quum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi asserat, invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur. §. 3. Si ego ex parte me dicam heredem, coheres autem meus possideat hereditatem cum extraneo, quum non plus coheres haberet sua parte, utrum a solo extraneo, an vero et coherede debere petere hereditatem, quaeritur. Et Pegasus fertur existimasse, a solo

fensio des Beklagten [1]). Tritt er dieselbe nach erfolgter litis contestatio an den Kläger ab, so erfolgt seine Freisprechung [2]); unterlässt er es und der Kläger weist sein Eigenthum nach, so wird er zur Herausgabe seiner Hälfte verurtheilt [3]).

Gerade umgekehrt verhält sich die Sache im Falle der gegen einen von zwei Miteigenthümern des delinquirenden Sklaven angestrengten Noxalklage. Dieselbe geht aufs Ganze, dem Beklagten liegt die in solidum defendendi necessitas ob [4]), und daher kann er sich nach erfolgter litis contestatio nur durch Leistung der

---

extraneo me petere debere eumque restituturum, quidquid possidet; et fortassis hoc officio judicis debeat fieri. — Stirbt der blosse Besitzer eines Grundstücks ante judicium acceptum mit Hinterlassung von zwei Erben, deren einer das Grundstück für sich allein in Besitz nimmt, so kann dieser, mit der rei vindicatio belangt, in solidum condemnirt werden, L. 55. D. de rei vind. (6. 1.), weil dazu nichts gehört, als dass der Beklagte rem detinet et restituendi facultatem habet. L. 9. D. eod.

1) Arg. L. 8. D. eod. Julian. Permittendum erit possessori hereditatis, partem quidem hereditatis defendere, parte vero cedere, nec enim prohibet aliquem totam hereditatem possidere et partem scire dimidiam ad se pertinere, de altera parte controversiam non facere.

2) Arg. L. 8. D. cit. §. 2. I. de perpet. et temp. act. (4. 12.) Superest ut admoneamus, quodsi ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere etc. Gaius IV. 114. — L. 51. §. 1. D. de re iud. (42. 1.) Paul. verb. Et puto improbum esse eum, qui velit iterum consequi, quod accepit. L. 13. §. 14. D. de her. pet. (5. 3.) Ulp. Certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit evanescere (hereditatis petitionem).

3) L. 68. D. de rei vind. (6. 1.) L. 7. D. si pars her. pet. (5. 4.) Julian. verb. quum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi jubeat.

4) L. 4. D. si ex nox. causa (2. 9.) Gaius: Si cum uno ex dominis noxalis agetur, an pro parte socii satisdare deberet, Sabinus ait non debere quia quodammodo totum suum hominem defenderet, cui in solidum defendendi necessitas esset, nec auditur, si pro parte sit paratus defendere. L. 22. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.) L. 27. §. 2. D. ad Leg. Aq. (9. 2.) verb. noxae dedi ei in solidum oportere, quia haec res divisionem non recipit. L. 14. §. 2. D. de servo corr. (11. 3.) Paulus: Si servus communis extraneum corruperit, videndum est, utrum cum duobus agi debeat, an et cum singulis exemplo ceterarum noxarum? Et magis est, ut unusquisque in solidum teneatur, altero autem solvente alterum liberari. L. 15. D. comm. div. (10. 3) *Ribbentrop*, Zur Correalobligation. S. 243. 255. *Brinkmann*, Das Verhältniss der actio comm. div. u. s. w. S. 82. f. *Ubbelohde*, Die Lehre von den untheilbaren Obligationen. S. 169. Anm.

vollen litis aestimatio resp. noxae datio in solidum vom Processe befreien, will er nicht ins Ganze verurtheilt werden[1]).

Fragt man nach den Gründen dieser verschiedenen rechtlichen Behandlung der defensio servi communis nach angestellter vindicatio und nach erhobener Noxalklage, so ist es kein anderer als der, dass in jenem Falle blos eine sachliche Vertheidigung des theilweisen Eigenthums am Sklaven, in diesem aber eine persönliche Vertheidigung wider die Delictsbeschädigung vorliegt, welche sich selbstverständlich nicht nach dem Umfange des Eigenthums theilen lässt[2]). Trotz seines blossen Miteigenthums übernimmt der Beklagte in letzterem Fall die Vertheidigung des Sklaven ganz und vollständig, und gerade weil er kein blos theilweiser defensor ist, muss er auch wie der alleinige Eigenthümer die ganze litis aestimatio leisten oder den Sklaven in solidum noxae geben. Dass lediglich der persönliche Charakter der defensio servi in causis noxalibus und der rein sachliche in Fällen der rei

---

1) L. 8. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Si servus communis furtum fecerit, quivis ex dominis in solidum noxali judicio tenetur; eoque iure utimur. Sed non aliter poterit is, qui conventus est, evadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum; nec ferendus, et si partem dedere fuerit paratus. Plane si propter hoc, quod socii dedere parati non fuerint, in solidum fuerit condemnatus, etc. L. 11. §. 3. D. de aqua (39. 3.) — Von dem Falle des durch einen servus communis an dem Sklaven eines Extraneus verübten Delictes ist der andere wohl zu unterscheiden, in dem vom Sklaven eines Extraneus an einem servus communis das Delict begangen, z. B. letzterer getödtet worden ist. Hier kann der einzelne Miteigenthümer nur die auf ihn fallende Rate der litis aestimatio in Anspruch nehmen, der Beklagte sich aber nur durch noxae datio in solidum frei machen. L. 27. §. D. ad Leg. Aq. (9. 1.) Ulp. Item si servus communis, meus et tuus, sit occisus a servo Titii, Celsus scribit, alterum ex dominis agentem aut litis aestimationem consecuturum pro parte, aut noxae dedi ei in solidum oportere, quia haec res divisionem non recipit. *Ubbelohde* a. a. O. Und der Grund dieser Verschiedenheit liegt darin, dass, wenn im letzten Falle der einzelne Miteigenthümer die ganze litis aestimatio forderte, er sich einer plus petitio schuldig machte, da ihm nur seine Rate davon zukam, während der durch das Delict des servus communis zweier anderer in seinem Sklaven getroffene dominus Anspruch auf die ganze litis aestimatio hat, für welche beide Miteigenthümer auf gleiche Weise (in solidum) haften.

2) L. 4. D. si ex nox. causa (2. 9.) verb. Nec auditur, si pro parte sit paratus defendere.

vindicatio die Ursache der obigen Verschiedenheit in rechtlicher Behandlung des servus communis ist, wird dadurch bestätigt, dass der Miteigenthümer eines delinquirenden Sklaven ante noxale judicium acceptum, solange also dessen defensio noch nicht begonnen, sondern blos das Eigenthum als Grund seiner Noxalverpflichtung in Betracht kommt, durch Beseitigung dieses Grundes d. h. durch Abtretung seines Antheils die Uebernahme der actio noxalis ebensogut vermeiden kann[1]) wie die ihm drohende rei vindicatio. Erst mit der Uebernahme des judicium noxale und der damit beginnenden persönlichen defensio servi communis wird die rechtliche Lage des condominus eine andere, während sie nach angestellter rei vindicatio für ihn dieselbe bleibt, indem er auch dann noch durch Abtretung seines Eigenthumsantheils der rei vindicatio ein Ziel setzen kann[2]).

§. 10. Fortsetzung.

3. Die Identität der actio ex servi delicto noxalis und insolidum beweist, dass die defensio servi ex causa noxali den Charakter einer persönlichen Vertheidigung gehabt hat.

Ein ferneres Argument gegen die Annahme, dass die defensio servi von Seiten des noxaliter belangten Herrn keine persönliche, sondern eine rein sachliche sei, ist aber auch noch darin enthalten, dass, wie anderwärts (Abh. V.) nachgewiesen, die actio ex servi delicto gegen den dominus conscius und die gegen den dominus ignorans eine und dieselbe, nur zu verschiedenen condemnationes führende[3]) Klage ist, so dass nach Abweisung der einen der anderen die exceptio rei judicatae entgegensteht[4]), denn da der

---

1) L. 8. D. cit. verb. Ante noxale sane judicium acceptum poterit sua parte cedendo securitatem consequi, ne necesse habeat suscipere judicium.

2) Gaius IV. 114. §. 2. I. de perp. act. (4. 12.).

3) Analog der actio de peculio und de in rem verso in §. 4. I. quod cum eo (4. 7.), wenn es darin heisst: una actio est, tamen duas habet condemnationes.

4) L. 4. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus libr. III. ad Ed. Si detracta noxae deditione quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta et finito judicio, amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei judicatae summovebitur, quia res in superius judicium deducta et finita est.

dominus conscius, dem die noxae datio versagt ist, zweifellos nicht den Sklaven als eventuell bedrohtes Eigenthumsobject vertheidigt, seine defensio also kein rem defendere ist, sondern eine persönliche Vertheidigung des Sklaven resp. seiner selbst als Mitschuldigen gegen die ihm angemuthete Entrichtung der litis aestimatio, so folgt bei der Identität beider Klagen daraus von selbst, dass auch der Charakter der defensio bei der Noxalklage gegen den dominus ignorans kein anderer sein kann, als der einer persönlichen Vertheidigung. Wenn *v. Wyss* S. 14. sagt, der Unterschied der Klage gegen den dominus sciens und ignorans beziehe sich natürlich nur auf den Gegenstand der Haftung und ändere nichts in der Person des Schuldners, so kann man ihm dies zugeben. Aber der Umstand, dass der dominus sciens ausschliesslich für die litis aestimatio haftet, und nicht wie der dominus ignorans sich durch noxae datio von derselben befreien kann, ist ja gerade das Fundament unserer Argumentation.

§. 11. Fortsetzung.

4. Der Umstand, dass die Quellen die noxae datio des servus gar nicht als ein eigentliches pecuniarium damnum gelten lassen, spricht gegen den sachlichen Charakter der defensio servi ex causa noxali.

Ein letzter Grund dagegen, dass man in der defensio servi von Seiten des noxaliter belangten Herrn eine rein sachliche Vertheidigung seines eventuell bedrohten Eigenthums, und somit ein Mittel erblicken darf, den durch die verstattete noxae datio bevorstehenden Vermögenschaden abzuwenden, ist aber auch noch darin enthalten, dass nach römischer Auffassung die noxae datio des Sklaven gar nicht einmal als unter den Gesichtspunkt und Begriff eines eigentlichen damnum pecuniarium fallend aufgefasst wird, sondern vielmehr nur die Entrichtung der litis aestimatio.

L. 17. §. 18. D. de aed. ed. (21. 1.) Ulp. Lib. 1. ad. Ed. Aed. curul. . . . ex privatis autem noxiis oritur damnum pecuniarium, si quis forte noxae dare noluerit, sed litis aestimationem offerre.

Dass durch die Hingabe des Sklaven die Lage des Herrn thatsächlich verschlimmert wurde, verkannten unsere Quellen

natürlich nicht[1]), allein sie fanden darin kein vermögensrechtliches gravamen domini, kein damnum pecuniarium im Rechtssinne und sahen daher den Herrn trotz derselben als indemnis an, weil die noxae datio gerade das gesetzliche Mittel abgiebt den in der Entrichtung der litis aestimatio enthaltenen directen Vermögensnachtheil abzuwenden und auf diese Weise etwas zu ersparen[2]). L. 1. §. 15. D. de vi (43. 16.) Ulp. Lib. LX. ad. Ed. verb. Ceterum si jussit, ipse dejicit; nec debet gravari dominus, si non jussit, si servorum factum praestaret, et si non jussu eius dejecerunt; namque non gravabitur hoc nomine, quippe quum aut pervenit ad eum aliquid et restitueret, aut non pervenit et ipsos servos maleficii eausa noxae dedendo indemnis erit. Quod enim noxae dedere compellitur, in damno non debet reputare, quum servus hoc possit domini deteriorem conditionem facere. Hatte man unter seinen Sklaven einen, der an Extraneis ein Delict begangen, so war dies ein quasi domesticum malum, das schliesslich zum Verluste des Sklaven führen konnte[3]), ohne dass man aber darin einen Widerspruch mit dem anerkannten Rechtssatze fand, wornach der Sklave durch seine Handlungen die rechtliche Lage des Herrn wohl solle verbessern, aber nicht verschlechtern können[4]), weil eben die Ausscheidung eines delinquirenden Hausklaven aus dem Familienkreise für den Römer zunächst nicht als Vermögensverschmälerung in Betracht kam.

---

1) Gaius IV. 75. Pr. §. 2. I. de nox. act. (4. 8.) L. 2. D. de eo, per quem factum sit etc. (2. 10.) L. 7. §. 1. D. de damn. inf. (39. 2.) L. 1. §. 15. i. f. D. de vi (43. 16.) Ulp. verb. Quum servus hoc (noxae dedendo) possit domini deteriorem conditionem facere.

2) Vgl. *Hugo*, Röm. Rechtsgeschichte, XI. Aufl. S. 162.

3) Vgl. L. 1. §. 5. D. furti adv. nautas (47. 5.) Ulp. verb. in servo suo ignoscendum sit ei, quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit.

4) L. 133. D. de R. I. Gaius libr. VIII. ad Ed. Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest. Paulus S. R. V. 12. 12. verb. quia pejorem domini causam servi facere, nisi forte scierit, omnino non possunt.

§. 12.

III. Widerlegung der nach v. Wyss direct für die unmittelbare Selbsthaftung des dominus ex servi delicto und für die Eigenschaft des Sklaven als blossen Forderungsobjectes bei der Noxalklage sprechenden Gründe.

1. Der Ausdruck delictum wird in den Quellen keineswegs zu Gunsten der Worte noxa, noxia geflissentlich gemieden, wenn die unerlaubte Handlung eines Sklaven bezeichnet werden soll.

Eine directe Bestätigung seiner Ansicht will *v. Wyss* a. a. O. S. 17. vor allem darin finden, dass durchweg zu bemerken sei, wie der Ausdruck delictum für die unerlaubte Handlung des Sklaven, theils schlechthin, theils namentlich, wenn sie speciell als Entstehungsgrund der Noxalhaft ins Auge gefasst werde, in den Quellen vermieden würde. Die Bezeichnung delictum finde sich nur da, wo entweder der technische Ausdruck für das Sklavendelict: noxa oder noxia erläutert werden solle, L. 238. §. 3. D. de V. S. vgl. m. L. 1. §. 1. D. si quadr. (9. 1.), oder wo auf die Haftung des Sklaven nach der Manumission hingewiesen sei. L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) L. 1. §. 18. D. de pos. (16. 3). Nur in wenigen Fragmenten L. 1. §. 8. de his, qui effud. (9. 3.) L. 17. §. 4. D. de injur. (47. 10.) stehe delictum servi in einer Linie mit noxa, wenn es sich darum handle den technischen Gegenbegriff zu negotium gestum hinzustellen. Sonst sei noxa oder noxia der eigentliche Ausdruck für das Sklavendelict (Gaius I. 13. §. 1. I. h. t. u. a. m.) neben dem ganz allgemein juristisch indifferenten maleficium. Diese verschiedene Terminologie sei nun jedenfalls sehr bezeichnend für den principiell verschiedenen Gesichtspunkt, unter den die unerlaubte Handlung eines Freien und eines Sklaven vom Rechte gestellt gewesen wäre. Jene allein, das delictum, werde juristisch von ihrer subjectiven Seite als zurechenbare Handlung gefasst, während diese nur objectiv von der Seite ihres äusseren Erfolges in Betracht komme als angerichteter Schaden, (noxa von nocere, ursprünglich damnum, Festus s. voc. noxia), welcher, wie der durch unvernünftige Wesen gestiftete, von einem vom Thäter verschiedenen Subject verbüsst werden müsse.

Nachdem die bisherige Untersuchung das zwiefache Resultat geliefert hat, dass der Sklave allerdings fähig gewesen ist, sich ex delicto wirksam zu obligiren und dass daher auch seine defensio von Seiten des noxaliter belangten Herrn keine blos sachliche, sondern eine persönliche war, bedürfte es im Grunde keiner weiteren Widerlegung eines angeblichen Sprachgebrauchs der Quellen, der gerade das beweisen soll, dessen Gegentheil bereits bewiesen ist. Allein gleichwohl soll auch er einer Prüfung unterworfen werden, weil durch den Nachweis seines Nichtvorhandenseins immerhin die Ueberzeugung von der Richtigkeit der gewonnenen Resultate noch festeren Boden gewinnt.

Wie die neueren Untersuchungen von *M. Voigt* a. a. O. S. 125—142. dargethan, sind in Betreff der Ausdrücke noxia, und noxa drei Perioden zu unterscheiden, in denen ihre Bedeutung manchfach gewechselt hat[1]). Während noxia bis in das 5. Jahrhundert (d. i. bis zur Lex Aquilia[2]) den Schaden bezeichnet, wofür von da an das Wort damnum in Gebrauch kam, nahm obiger Ausdruck vom Ausgange des 5. Jahrhunderts die Bedeutung von culpa an, um schliesslich seit Hadrians Zeiten in den Begriff eines jeden Privatdelicts überzugehen. — Ganz ähnliche Wandlungen hatte auch der Begriff noxa durchzumachen. Während mit diesem Ausdrucke anfangs der Schadenersatz bezeichnet wurde, nahm er im 6. Jahrhundert auf der einen Seite die Bedeutung von Strafe, strafbarer Handlung, auf der anderen die von Schaden und der ihn hervorrufenden Handlung an, um schliesslich unter Beibehaltung dieser Doppelbedeutung auch noch den von noxia losgelösten Begriff der culpa mitzuumfassen, und somit gleichzeitig zur Bezeichnung von damnum, poena und culpa zu dienen, wenngleich die Wortbedeutung der Verschuldung im neuesten Stadium der Entwickelung die hervortretendste blieb und daneben noxia vorzugsweise jedes Privatdelict begriff.

Nun kann und soll allerdings nicht in Abrede gestellt werden, dass die beiden Ausdrücke noxia und noxa in dieser ihrer letzten Entwickelungsphase in unseren Quellen vorzugsweise gebraucht

1) Vgl. auch *Hugo*, a. a. O. S. 302. „Nicht jede widerrechtliche Beschädigung, noxa, noxia, beides wohl ursprünglich gleichbedeutend, nachher auch maleficium, delictum, bewirkt eine actio (legis actio)."

2) Vgl. C. Sell, Die actio de rupitiis sarciendis der XII Tafeln. p. 16.

werden, wo es sich um widerrechtliche Handlungen von Gewaltuntergebenen und der noxalen Verpflichtung des Gewalthabers handelt, für dieselben einzustehen [1]). Allein, wie *v. Wyss* a. a. O. S. 41. sub 2 selbst einräumt, ist hier absolut kein Unterschied zwischen Privatdelicten des servus und des filiusfamilias, und damit zerfällt denn seine Behauptung (S. 17), dass noxa und noxia der eigentliche Ausdruck für das Sklavendelict und die verschiedene Terminologie jedenfalls bezeichnend für den principiell verschiedenen Gesichtspunkt sei, unter den die unerlaubte Handlung eines Freien und die eines Sklaven vom Rechte gestellt gewesen, von selbst in sich zusammen. Denn wenn noxia sowohl das Delict des freien filiusfamilias, als auch das des servus bezeichnet, so ist damit bewiesen, dass wir es hier nicht sowohl mit dem eigentlichen Ausdrucke für das Sklavendelict, als vielmehr mit der geläufigen Bezeichnung eines jeden vom Gewaltuntergebenen begangenen Privatdelictes zu thun haben, einerlei ob er frei war oder nicht, (nequitia filiorumfamilias servorumve Gaius IV. 75.), und dass daher noxia unmöglich als Zeugniss für die Unfähigkeit des Sklaven sich ex delicto zu obligiren dienen kann, da über die desfallsige Fähigkeit des Haussohnes keinerlei Zweifel herrscht.

Aber auch mit dem Worte delictum steht es in den Quellen aus der Zeit des classischen Rechtes nicht so wie *v. Wyss* meint. Vor allem wird das Zeitwort delinquere fortwährend von unerlaubten Handlungen der Sklaven gebraucht, und zwar theils allein, theils abwechselnd mit noxiam committere, sowohl in Verbindung mit unerlaubten Handlungen der Haussöhne als ohne eine solche [2]). Und auch das Substantivum delictum dient nach den verschiedensten Richtungen hin zur Bezeichnung von unerlaubten Handlungen der Sklaven [3]). So spricht Paulus in L. 5. D. de interd. (43. 1.) von interdictis noxalibus, quae ob delictum eorum, qui in potestate habemus, dantur, und braucht dem-

---

1) Gaius IV. 77. 78. §§. 5. 6. 7. L de nox. act. (4. 8.) L. 41. §. 3. D. de furt. (47. 2.)

2) Vgl. beispielweise L. 1. 2. §. 1. L. 3. 4. 5. 7. 17. 43. D. de nox. act. (9. 4.)

3) L. 4. D. eod. Paulus Lib. III. ad. Ed. In delictis servorum scientia domini quemadmodum accipienda est etc.

nach besagten Ausdruck von unerlaubten Handlungen des Sklaven wie des freien Haussohnes in ganz gleicher Weise; so sagt Ulpian in L. 17. §. 4. D. de injur. (47. 10.): Quum servus injuriam facit, maleficium eum admittere palam est; merito igitur, sicuti ex ceteris delictis ita et ex hoc injuriarum noxalis actio datur, und fasst demnach die Injurie sowie die sonstigen unerlaubten Handlungen des Sklaven als delicta und zugleich als Entstehungsgründe der Noxalhaft ins Auge, während *v. Wyss* annimmt, grade hier sei diese Bezeichnung ganz besonders sorgfältig vermieden worden.

Auch dass nach L. 238. §. 3. D. de V. S. in der noxia jedes Delict einbegriffen ist, (noxae appellatione omne delictum continetur), und Ulpian in L. 1. §. 18. D. depositi (16. 3.) sagt: Et delicta et noxae caput sequuntur spricht wider den begrifflichen Gegensatz beider Worte, da, wenn delictum in der That juristisch von der subjectiven Seite als zurechenbare, für den Thäter eine Obligation erzeugende Handlung des Freien zu fassen wäre, noxa dagegen nur objectiv von Seiten ihres äusseren Erfolges in Betracht käme als angerichteter Schaden, welcher von einem vom Thäter verschiedenen Subjecte verbüsst werden müsste, dann beide Ausdrücke nicht hätten synonym gebraucht werden, noxa nicht hätte jedes delictum umfassen können, sondern der eine Begriff den anderen vielmehr ausgeschlossen haben würde. —

Aber weiter. — Wenn es in unserer oben besprochenen L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) heisst: Servi ex delictis quidem obligantur, und dann fortgefahren wird: et si manumittantur, obligati remanent, so ist in den ersten Worten nichts weniger als auf die Haftung des Sklaven nach der Manumission hingewiesen, sondern, wie der Nachsatz beweist, gerade umgekehrt von der Zeit vor derselben bekundet, dass seine während derselben begangene unerlaubte Handlung unter den Begriff des delictum fällt. — In Bezug auf L. 1. §. 8. D. de his qui effud. (9. 3.) muss *v. Wyss* a. a. O. S. 17 schliesslich selbst zugeben, dass delictum mit noxa in einer Linie stehe; indessen vermeint er darüber mit der Bemerkung hinwegzukommen, dass es sich hier darum handle, den technischen Gegenbegriff zu negotium gestum in abstracto hinzustellen. Allein gerade aus dem Zusammenhange, in dem das negotium gestum servi und das durch noxa erklärte delictum gegenüber gestellt werden, geht unwiderleglich hervor,

dass eine zur actio noxalis wider den Herrn führende unerlaubte Handlung des Sklaven ein delictum oder in gleicher Bedeutung eine noxa servi gewesen.

§. 13. Fortsetzung.

2. Es ist unnachweisbar, dass nach dem Sprachgebrauch der Quellen durchweg die directe und unmittelbare Haftung des dominus als selbständige Folge eines maleficium servile erscheint.

Eine zweite directe Bestätigung für die Unfähigkeit des Sklaven, sich ex delicto zu obligiren, soll darin enthalten sein, dass als selbstverständliche Folge eines maleficium servile nach dem Sprachgebrauch der Quellen durchweg die directe und unmittelbare Haftung des dominus erscheine; ex furto, damno, etc. servi dominus tenetur, dominus convenitur; ex noxa atque maleficio servorum actiones adversus nos instituuntur, etc. Nirgends finde sich auch nur eine Spur davon, dass diese unmittelbar lautenden Ausdrücke auf eine Haftung des Herrn erst in zweiter Linie, als Vertreters des zunächst Verpflichteten, deuteten. Im Gegentheil seien die Juristen darin einig, in der erlaubten noxae datio eine Milderung der Härte zu erkennen, welche in der directen Haftung für fremde Schuld liege.

In der vorstehenden Argumentation findet sich Richtiges und Unrichtiges neben einander. Insoferne ist sicherlich die Haftung des Herrn die selbstverständliche Folge des servile maleficium, als ihm das Gesetz vom Moment der That sofort die Verpflichtung auferlegt, für dieselbe vor Gericht aufzukommen, und daraus erklären sich denn auch die obigen Ausdrücke sämmtlich in befriedigendster Weise. Wenn dann aber weiter gesagt wird, es fände sich nirgends auch nur eine Spur davon, dass der Herr erst in zweiter Linie als Vertreter des zunächst verpflichteten Sklaven hafte, so verstösst dies gegen die bereits festgestellten Resultate der früheren Untersuchung, wonach sich der Sklave ex delicto obligirt zu werden für fähig erwiesen, und die defensio servi in causis noxalibus von Seiten des Herrn als eine persönliche Vertheidigung des Sklaven herausgestellt hat. Zum Ueberfluss aber soll hier nochmals auf die Parallele: Servi ex delictis obligantur [L. 14. D. de O. et A. (44. 7.)], Dominus noxali actione obligatur [L. 39. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.)] hingewiesen und die Ausdrucksweise der oben in §. 8. S. 77. 78. angeführten Gesetzesstellen ins

Gedächtniss zurückgerufen werden, um darüber keinen Zweifel zu lassen, dass der Herr in der That die zunächst gegen den delinquirenden Sklaven erwachsene Klage als Noxalklage (pro servo) auf sich nimmt und folglich dessen Vertreter ist.

§. 14. Fortsetzung.

3. Der Umstand, dass der Anspruch gegen den dominus ignorans servi nomine (im Gegensatze zu der Haftung des dominus conscius suo nomine in solidum) erhoben wird, weist keineswegs auf die unmittelbare Selbsthaftung des Herrn hin. — Resultat der ganzen Abhandlung.

Ein dritter directer Beweisgrund für die Ansicht von der unmittelbaren Selbsthaftung des dominus und von der Eigenschaft des Sklaven als blossen Forderungs*objects* soll endlich auch noch darin liegen, dass der Anspruch gegen den dominus ignorans *servi nomine*, d. h. in Bezug auf das vom Sklaven verübte maleficium und deswegen eventuell auf Herausgabe des servus erhoben werde, im Gegensatz zu der Haftung des mitschuldigen dominus conscius suo nomine in solidum. Die beiden Arten der Haftung des dominus liefen vollständig parallel: Gegenstand der ersteren sei einfach das solidum, Gegenstand der letzteren alternativ das solidum oder der Sklave. Dieser sei durch sein maleficium noxalis geworden, an ihm hafte die Schuld (noxa caput sequitur) in der Weise, dass, in wessen Besitz er auch sein möge, der Verletzte auf seine Herausgabe einen nur durch vollen Ersatz abzuwendenden Anspruch habe. Der Ausdruck servi nomine convenire bestätige nur, weit entfernt ans Repräsentationsverhältniss zu erinnern, (wie *Zimmern*, Noxalklagen §. 36. N. 87. annehme), die oben berührte Analogie mit dinglichen Ansprüchen, was sich z. B. aus einer Vergleichung der L. 57. D. de rei vind. (6. 1.) ergebe.

Soll zunächst an den Schluss dieser Argumentation angeknüpft werden, so unterliegt es keinem Zweifel, dass der Ausdruck: convenire servi nomine an und für sich, entsprechend der vindicatio fundi nomine der herangezogenen L. 57. [Alfenus: Is a quo fundus petitus erat, ab alio *ejusdem fundi nomine* conventus est, etc.] gerade so gut auf eine Vindicatio des in fremdem Besitz befindlichen Sklaven bezogen werden könnte, wie auf eine Noxalklage gegen den Herrn Namens seines Sklaven, d. h. als dessen persönlichen Vertreter. Nun ist ja aber die

actio ex delicto noxalis keine dingliche Klage, und daher kann diese erste mögliche Bedeutung des Ausdrucks: convenire servi nomine der gegnerischen Ansicht wenigstens unmittelbar nicht zu Gute kommen. Freilich will man dies auch nicht, sondern es soll vielmehr bei der Noxalklage nur eine Analogie mit den dinglichen Ansprüchen vorliegen, indem der dominus sich wie der dinglich Beklagte gegen einen Anspruch schütze, der wenigstens eventuell ihm den Besitz eines Sklaven entziehen wolle. — Ob diese letztere Auffassung der Noxalklage die richtige sei oder nicht, wird sich am leichtesten ermitteln lassen, wenn sich eine Stelle finden sollte, in der ein dinglicher Anspruch an einen Sklaven neben der durch denselben hervorgerufenen Noxalklage zur gerichtlichen Geltung gebracht würde. Und eine derartige Stelle findet sich denn auch wirklich, indem sich Paulus in der unmittelbar nach der oben herangezogenen L. 57. folgenden L. 58. also ausspricht:

A quo servus petebatur et eiusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque jure condemnatus esset, quid se facere oporteret, si prius servus ab eo evictus esset? Respondit, non oportere judicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisdatum esset, quod pro eo homine judicium accepisset; si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari. Sed si prius de furto judicium factum esset, et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petitorem judicium factum esset, non debere ob eam rem judicem, quod hominem non traderet, litem aestimare; quoniam nihil eius culpa neque dolo contigisset, quominus hominem traderet.

Der Fall, um den es sich hier handelt, ist folgender: A. Besitzer eines Sklaven wird von B. mit der rei vindicatio auf dessen Herausgabe, gleichzeitig aber von C. mit der actio noxalis wegen eines von demselben Sklaven an ihm begangenen furtums auf die verwirkte litis aestimatio belangt und unterliegt in beiden Processen. Bei Erörterung der Frage, wie es mit der Execution dieser beiden Urtheile zu halten sei [1]), werden die zweierlei An-

1) Paulus referirt darüber aus der Epitome der Digesten des Alfenus das Folgende: Hatte der Vindicant B. den Sieg gegen den Besitzer A. davon getragen, ehe die gegen letzteren von C. angestellte Noxalklage durchgeführt war, so braucht der A. dem B. den Sklaven nicht eher zu tradiren, als bis dieser ihm Satisdation geleistet, das judicium noxale servi nomine auf sich

sprüche, der dingliche, das servum petere, und der persönliche, das servi nomine furti agere, gegenübergestellt, indessen ohne die allergeringste Andeutung einer Analogie zwischen beiden. Vielmehr wird gerade umgekehrt das petere servum als judicium de ipso homine charakterisirt, während im Gegensatze hiervon servi nomine agere als judicium, quod (dominus) pro eo homine (servo) accepit bezeichnet und damit authentisch bekundet wird, dass es sich bei den Worten: servi nomine in causis noxalibus nicht, wie die Gegner wollen, de homine ipso, nicht um den Sklaven als blosses Forderungsobject nach Analogie eines dinglichen Anspruchs, sondern vielmehr um Uebernahme der Noxalklage für den Sklaven von Seiten des Herrn, d. h. um des ersteren persönliche Vertretung und Vertheidigung durch den letzteren handelt.

Dazu kommt nun aber noch, dass in obiger Argumentation auch die Annahme unhaltbar ist, zufolge deren der Gegenstand der Noxalklage alternativ das solidum oder der Sklave sein soll, da, wie oben bereits dargethan, deren intentio keineswegs auf die litis aestimatio oder den Sklaven gerichtet ist, sondern nur auf erstere, während die noxae datio rein in das Belieben des Beklagten gestellt bleibt. Unter diesen Verhältnissen kann also in Wahrheit bei Noxalklagen weder von einer eventuellen noch alternativen Forderung der Herausgabe des servus die Rede sein.

Soll das Resultat der ganzen Untersuchung hier am Schlusse nochmals zusammengefasst werden, so besteht es darin, dass der Sklave nach römischem Recht sich selbst während der dominica potestas ex delicto civiliter obligiren konnte, und die defensio, welche der mit der Noxalklage belangte Herr, wollte er die Hingabe des Sklaven vermeiden, für ihn übernehmen musste, keine sachliche, kein rem defendere, sondern eine persönliche Vertheidigung seines ex delicto obligirten Sklaven war.

---

zu nehmen. Hatte dagegen A., nachdem er im judicium noxale unterlegen, dem C. den Sklaven bereits noxae übergeben, und er wurde nun auf die rei vindicatio hin verurtheilt, den Sklaven dem B. herauszugeben, so war er dazu nicht im Stande, ohne aber desfalls zur Leistung der litis aestimatio angehalten zu werden, weil er kein fictus possessor qui dolo malo possidere desiit, sondern bei der Unmöglichkeit das Urtheil zu erfüllen, frei von culpa und dolus war. Meerman. Thes. III. p. 275. N. v.—y. *Planck*, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten. §. 24. S. 168. a. E. S. 169. *Wetzell*, Der römische Vindicationsprocess. S. 233.

Dritte Abhandlung.

Von den durch Haussöhne und Sklaven an ihren Gewalthabern verübten Privatdelicten.

§. 1.

I. Genereller Nachweis der Unmöglichkeit der Entstehung einer obligatio ex delicto zwischen beiden.

Von unseren Quellen ist mehrfach bezeugt, dass durch das vom filiusfamilias an seinem paterfamilias, vom servus an seinem dominus begangene Privatdelict keine obligatio, resp. actio entstehe.

Gaius IV. 78. Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur: nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate est, obligatio nascitur. §. 6. I. de nox. act. (4—8.) Si servus domino noxam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum et eum, qui in potestate est, nulla obligatio nasci potest[1]).

Und als Gründe dieser Erscheinung werden zwei angegeben: 1. die Natur der Sache und 2. der Mangel des Bedürfnisses einer Klage in Folge der dem Gewalthaber gegen seinen Gewaltuntergebenen zustehenden statuendi potestas.

L. 16. D. de furt. (47. 2.) Paulus Lib. VII. ad Sabinum. Ne cum filiofamilias pater agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possimus. L. 17. pr. D. eod. Ulp. Lib. XXXIX. ad Sabinum. Servi et filii

2) Vgl. auch L. 7. D. de O. et A. (44. 7.) Pompon. Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate ejus est filius.

nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furto non tenentur, neque enim, qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare; idcirco nec actio ei a Veteribus prodita est.

Ad 1. Was den ersten von Paulus in L. 16. D. cit. geltend gemachten Grund, die Natur der Sache anlangt, so beruht er darauf, dass die Römer vom Standpunkte des Civilrechts ihre familia, zu der im weiteren Sinne sämmtliche Gewaltuntergebene des Hausherrn, auch die Sklaven (familiares), gehörten [1]), als einen in sich enggeschlossenen einheitlichen Organismus, als ein untheilbares Gesammt-Rechtsindividuum auffassten, dessen Haupt und Glieder als integrirende Bestandtheile des Ganzen sich nicht einzeln als selbständige Rechtsindividuen gegenübertretend gedacht werden konnten [2]), um gerichtlich für sich Sonderrechte geltend zu machen [3]), weil damit dieser Organismus mit sich selber im Streite [4]), in seiner wesentlichen Einheit zerstört, in thatsächliche Auflösung übergegangen wäre [5]).

---

1) Macrob. Saturn. I. 11. Maiores nostri omnem dominis invidiam, omnem servis contumeliam detrahentes dominum patremfamilias, servos familiares appellaverunt. Plut. Coriol. 24. L. 1. §. 14. D. vi bon. rapt. (47. 8.) Paulus: Familiae autem appellatio servos continet, hoc est, eos qui in ministerio sunt etc. L. 195. D. de V. S. Ulp. Familiae appellatio omnes servos comprehendit, sed et filii continentur. Servius in Verg. Aen. XI. 143. Alii tradunt de filiis, qui in potestate patris sint, non putari jus esse funus vocari fierique, quia servi loco sint parenti. L. 25. §. 2. D. de aed. ed. (21. 1.) L. 1. §. 16. 18. D. de vi et de vi arm. (43. 16.) L. 40. §. 2. 3. D. de V. S.

2) Lactant. IV. 29. Domus una et unus dominus nominatur. §. 4. I. de inut. stip. (3. 19.) Ei qui iuri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi adquiris, quia vox tua, tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur, etc. §. 13. I. eod. Is qui in alicuius potestate est, ... patris vel domini voce loqui videtur.

3) L. 4. D. de iud. (5. 1.) Gaius: His nulla lis esse potest cum eo, quem in potestate habemus. L. 11. D. eod. Gaius IV. 78. §. 6. I. de nox. act. (4. 8.) Theoph. ad h. l. L. 11. pr. D. de min. (4. 4.)

4) Vgl. Cic. de fin. I. c. 18. §. 58. Neque enim ... beata esse potest, ... in discordia dominorum domus.

5) L. 8. pr. D. de in ius voc. (2. 4.) Ulp. Lib. V. ad Ed. Adoptivum patrem, quamdiu in potestate est, in ius vocare non potest iure magis potestatis, quam praecepto praetoris. — Selbst noch über die Grenzen der patria potestas hinaus zeigte sich die römische Auffassung der familia als eines einheitlichen Organismus wirksam, indem es für das allein Angemessene

Ergiebt sich aus dieser römischen Auffassung der familia nun auch als eine innere Nothwendigkeit, dass durch das vom Gewaltuntergebenen an seinem Gewalthaber begangene Privatdelict so wenig eine Klage für letzteren gegen ersteren entstehen konnte[1]), wie aus den auf dem Gebiete der Rechtsgeschäfte zwischen ihnen ins Dasein getretenen Obligationen[2]), so ist damit doch immer noch nicht der Grund des Unterschiedes nachgewiesen, zufolge dessen durch Privatdelicte der Haussöhne und Sklaven gegenüber dem paterfamilias und dominus nicht nur keine actio, sondern schlechthin gar keine obligatio, nulla omnino obligatio entstanden ist[3]), während doch auf dem Gebiete der Rechtsgeschäfte wenigstens klaglose Obligationen, obligationes naturales begründet worden sind[4]). Auch dieser scheinbare Widerspruch entnimmt seine Lösung dem innersten Wesen der römischen familia. Streift man nämlich die auf das Civilrecht basirte Auffassung derselben als eines untheilbaren Rechtsindividuums, welche die selbständige Bewegung zwischen Haupt und Gliedern mit civilrechtlichen Wirkungen unmöglich macht, ab, so stellen sich die einzelnen Familienglieder als mit natürlicher Willensfreiheit begabte Individuen dar, welche vollkommen fähig sind, auf dem Gebiete erlaubter Handlungen wechselseitig bestimmte rechtliche Verpflichtungen gegen einander auf sich zu nehmen, nur dass der römische Staat ihnen seinen Schutz in Gestalt einer actio nicht angedeihen, sondern sie nur als obligationes naturales gelten lässt. Ex contractibus (servi) naturaliter et obligantur et obligant. L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) Factum magis demon-

---

erachtet wurde, auch Streitigkeiten zwischen Mutter und Kindern innerhalb des Hauses geschlichtet zu sehen. L. 4. C. de patr. pot. (8. 47.) Impp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. Calae. Congruentius quidem videtur, intra domum inter te et filios tuos, si quae controversiae oruintur, terminari.

1) Gaius IV. 78. Sed et si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. §. 6. I. de nox. act. (4. 8.) L. 1. pr. C. eod. (3. 4.) Alex. verb. Quum tamen servus a domino aliquid auferat, quamvis furtum committat, furti tamen actio non est nata. *E. I. Bekker*, Actionen I. S. 190.

2) L. 14. 43. D. de O. et A. (44. 7.) L. 22. pr. D. de R. I.

3) Gaius IV. 78.

4) L. 14. D. cit.

stramus, quam ad jus civile referimus obligationem (servi). L. 41. D. de pecul. (15. 1.)

Ganz anders verhält es sich mit einem vom filiusfamilias und servus an dem Gewalthaber oder an einem seiner Hausgenossen begangenen Privatdelicte.

Hier tritt die Eigenschaft der römischen familia als eines in sich enggeschlossenen, einheitlichen Rechtsorganismus zurück vor dem ethischen und religiösen Charakter des Familienverbandes [1]), in Folge dessen der zugleich als Priester für seine Schutzbefohlenen, die Kinder, die Frau und selbst die Sklaven auf dem Hausaltare, dem Heerde [2]), den Göttern Opfer darbringende Hausherr [3]) kraft seines imperium domesticum als princeps familiae [4]) das Recht wie die Pflicht hat, im Inneren des Hauses Zucht und Ordnung zu halten und die darin vorkommenden Verfehlungen dawider von Seiten seiner Hausgenossen nach freiem Ermessen zu ahnden [5]). — Selbstverständlich kann eine solche Verfehlung

---

1) Cic. pro domo c. 41. Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscuiusque civium? hic arae sunt, hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, ceremoniae continentur.

2) Serv. ad Verg. Aen. XI. 211. focus ara deorum Penatium.

3) Cato de re rust. 139. Ejus rei ergo te hoc porco piaculo immolando bonas preces precor, ut sies volens propitius mihi, domo familiaeque meae liberisque meis. 143. Scito dominum pro tota familia rem divinam facere. — Uebrigens kann der Hausherr die Darbringung der Opfer an die Penaten auch durch einen seiner Hausgenossen bewerkstelligen lassen, selbst durch einen Sklaven. Cato 139. Harumce rerum ergo, sive ego sive quis iussu meo fecerit, uti id recte factum sit. Idem 83. Eam rem divinam vel servus vel liber licebit faciat.

4) L. 195. §. 2. D. de V. S. Ulp. Paterfamilias appellatur, qui in domo dominium habet. Juven. Sat. XVI. 55. Omne tenet, cuius regimen pater. Princeps familiae. Ulp. IV. 1. L. 2. §. 38. D. de orig. jur. (1. 2.)

5) Diese Strafgewalt des Hausherrn bezog sich sogar auf solche Hausgenossen, die nicht in seiner potestas waren, wie die im Hause befindlichen liberti, (Val. Max. VI. 1. 4. Suet. Jul. Caes. 48.) clientes und mercenarii. Die von letzteren an Hausgenossen begangenen furta erzeugten als furta domestica weder die actio furti noch eine accusatio, sondern fielen gleichfalls der Züchtigung des Hausherrn anheim, wenn er es nicht vorzog, sie der Obrigkeit zur Bestrafung zu übergeben. L. 4. §. 1. D. de poen (48. 19.) L. 89. D. de furt. (47. 2.) Cf. 3. 4. C. de patr. pot. (8. 47.) L. un. C. de emend. proping. (9. 15.) *Marezoll*, Criminalrecht. §. 122. S. 381. Note 2. §. 131. S. 402. N. 3. War der Hausherr dadurch, dass der Sklave die Flucht ergriffen, ausser Stande, sein häusliches Strafrecht zur Ausübung zu bringen,

gegen den Gewalthaber wie gegen die Hausgenossen auch die äusseren Merkmale eines Privatdelicts, z. B. eines furtum an sich tragen [1]), darum ist es aber noch keineswegs ein solches in des Wortes voller, civilrechtlicher Bedeutung. Vielmehr betrachteten es die Römer im Gegensatze zu den von Hausgenossen begangenen öffentlichen Verbrechen, welche zu ahnden dem Staat anheimfällt [2]), und im Gegensatze zu den von ihnen an Extraneis begangenen Privatdelicten, für welche der Hausherr als defensor einzutreten hat, als einen häuslichen Vorgang, als ein Internum der Familie, welches sich der Cognition des Staates entzieht, viel-

---

so hatte er, falls der Sklave während der Zeit seiner Flucht an ihm ein furtum begangen, die actio furti gegen den fraglichen bonae fidei possessor des Sklaven, obwohl er noch immer ad usucapionem Besitzer desselben war. Auch wegen der zur Zeit der Flucht vom Sklaven an Dritten begangenen Delicten erschien der Herr nicht verantwortlich, da ihm die Möglichkeit der noxae datio fehlte. L. 17. §. 3. D. de furt. (47. 2.) vgl. mit L. 21. C. eod. (6. 2.) *Schwanert*, Naturalobligationen. S. 254 f.

1) L. 1. pr. C. de nox. act. (3. 41.) (Text s. S. 99. N. 1.)

2) L. 12. §. 3. D. de accus. (48. 2.) Venulejus Saturninus lib. II de judiciis publicis: Si servus reus postulabitur, eadem observanda sunt, quae si liber esset, ex Senatusconsulto Cotta et Messala consulibus. §. 4. Omnibus autem legibus servi rei fiunt, excepta Lege Julia de vi privata, quia ea lege damnati partis tertiae bonorum publicatione puniuntur, quae poena in servum non convenit. Idemque dicendum est in ceteris legibus, quibus pecuniaria poena irrogatur, etc. L. 5. D. eod. L. 2. pr. D. de custod. (48. 3.) — L. 3. C. de patr. pot. (8. 47.) L. un. C. de emend. propinq. (9. 15.) [L. un. C. Theod. (9. 13.)]. Val. et Valens. In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem; . . neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed jure patrio auctoritas corrigat propinqui juvenis erratum et privata animadversione compescat. Quodsi atrocitas facti jus domesticae emendationis excedat, placet enormis delicti reos dedi judicum notioni. a. 365. L. un. C. de emend. serv. (9. 16.) a. 319. — Ueber den historischen Entwickelungsgang, zufolge dessen die Criminaljurisdiction des Hausvaters über seine Frau (in manu) und seine Kinder ursprünglich eine höchst ausgedehnte war, (judicium domesticum), später immer mehr schwand und endlich ganz aufhörte, desgleichen über die Criminaljurisdiction des Herrn in Bezug auf seinen Sklaven, die sich am längsten bei Verbrechen gegen den Herrn selbst erhalten hat, zuletzt aber auch da auf den Staat übergegangen ist, über alles dies siehe *Geib*, Geschichte des römischen Criminalprocesses. S. 82—96. S. 228—233. S. 452 bis 462. Vgl. auch *Ihering*, Geist des römischen Rechts. Dritte Aufl. II. 1. §. 32a. S. 212 ff. *Rudorff*, Röm. R. G. II. §. 99. S. 326. f.

mehr lediglich der Sühnung des Familienoberhauptes kraft seiner statuendi potestas anheimfällt[1]). Von Verwirkung einer zum voraus fixirten Strafe, z. B. der poena dupli resp. quadrupli beim furtum, wie sie der Begriff des Privatdelicts erfordert, kann hier, wo es sich um das seiner innersten Natur nach freiestes Ermessen erheischende Züchtigungsrecht des Hausherrn handelt, ebensowenig die Rede sein, wie überhaupt von dem Vorhandensein einer obligatio, sei es eine civilis oder naturalis, da zum Begriffe und Wesen der einen wie der anderen in gleicher Weise ein bestimmtes, wenn auch letzteren Falles nicht klageweise erzwingbares Maass von Leistungen erforderlich ist und ein solches sich da von selbst ausschliesst, wo es dem freiwaltenden Familienoberhaupte gegenüber seinen sich verfehlenden Hausgenossen anheimgegeben bleiben muss, von der einfachen Vermahnung zur Rüge, von der Rüge zur Bestrafung fortschreitend je nach Lage der Sache dabei die höchste Milde oder die äusserste Strenge walten, ja wohl auch in Einzelfällen volle Gnade für Recht ergehen zu lassen.

Ad 2. Fasst man hiernach das zweite in L. 17. D. cit. für die Versagung einer Klage im Falle des vom Gewaltuntergebenen am Gewalthaber begangenen Privatdelicts durch Ulpian zur Geltung gebrachte Argument ins Auge, so ist es zwar vollkommen richtig, dass bei dem ausgedehnten Haus- und Strafrechte des Familienoberhauptes gegenüber seinen Hausgenossen eine Klage entbehrt werden konnte, allein der letzte Bestimmungsgrund für die Veteres, hier, im Gegensatze zu dem Falle, wo der Sklave an Extraneis ein Privatdelict verübt, keine obligatio, keine actio ex delicto nata anzunehmen, war trotz der daraus hergeleiteten Motivirung Ulpians der Mangel eines Bedürfnisses darum doch nicht. Vielmehr stellt sich unser Bedürfniss-Mangel gerade um-

1) L. 6. C. an servus ex facto suo post manumissionem teneatur? (4. 14). Diocl. et Max. (a. 287—304). Si servi sunt hi, quorum precibus fecisti mentionem, domi eos conveni, quia inter dominos ac servos judicium constare nullum potest, sive post delictum manumissi sunt, ex antecedentibus post datam libertatem eos nulla ratio juris a dominis quondam conveniri patitur. *Ihering*, Geist des röm. R. Dritte Aufl. II. §. 32. S. 160. „Innerhalb des römischen Hauses gibt es keine Rechtsstreitigkeiten, die Justiz hat hier nichts zu thun. Der Hausherr selbst übt die Justiz.“ Vgl. auch noch die hierauf folgende ganz vortreffliche Schilderung der organischen Einheit der römischen familia.

gekehrt als die sich ganz von selbst ergebende Wirkung des vorgeschilderten ethischen und religiösen Charakters der römischen familia dar, welcher in Folge des die Glieder derselben mit dem Haupte enge umschlingenden Bandes unter Hausgenossen den Begriff einer obligatio ex delicto schlechthin nicht aufkommen liess, und daraus folgt denn, dass sich das Paulinische Argument als das entscheidende, das Ulpian'sche dagegen nur als ein accidentelles, als eine einfache Consequenz des ersteren darstellt[1]).

§. 2.

II. Specielle Widerlegung der Gründe, welche zur Annahme einer obligatio naturalis ex delicto zwischen dem Gewalthaber und seinem Gewalt-Untergebenen führen sollen.

1. Die Annahme der Unmöglichkeit einer obligatio naturalis ex servi delicto gegenüber dem Herrn soll eine unmotivirte Beschränkung des jus naturale enthalten, weil dieses keine Sklaverei kenne.

Während bis vor Kurzem die vorstehend dargelegte Ansicht, dass zwischen dem Gewalthaber und Gewaltuntergebenen im Falle eines von letzterem an ersterem begangenen Privatdelictes absolut keine obligatio entstehen könne, unter Bezugnahme auf so durchschlagende Quellenaussprüche wie der des Gaius IV. 78. (§. 6. I. de nox. act. 4. 8.) ist: nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio (ex noxa) nascitur, die herrschende gewesen ist[2]), hat neuerdings die gegentheilige An-

1) Vgl. auch *A. Schmidt* a. a. O., S. 11. „Offenbar ist der von Paulus angegebene Grund der durchschlagende."

2) Vgl. *Walter*, Röm. Rechtsgeschichte. §. 474. *Unterholzner*, Forderungsrechte I. §. 110. (f.) *v. Savigny*, System. Bd. II. §. 65. S. 36. „Waren diese (die Delicte der Sklaven) gegen den eigenen Herrn begangen, so wirkten sie weniger als die Verträge, nämlich gar keine Obligationen." Beil. IV. S. 428 (r.). Bd. V. Beil. IV. S. 428. „Daraus (aus dem Delicte des Sklaven gegen seinen Herrn) entstand überhaupt keine Obligatio, also auch keine Klage nach der Freilassung." Beil. XIV. S. 559. „Aus Delicten (gegen den eigenen Herrn) entspringen gar keine Obligationen, weder civiles noch naturales, weder im Sklavenstand, noch nach der Freilassung." *Schwanert*, Die Naturalobligationen des römischen Rechts. S. 252. „Aus solchen Delicten (des servus gegen den dominus) entsteht überhaupt keine actio für den Verletzten, es entsteht überhaupt keine obligatio in irgend einem Sinne." Vgl. L. 6. C. an servus ex suo facto etc. (4. 14.). Vgl. auch neuerdings *Mandry*, Das gemeine Familienrecht. 1871. Bd. I. S. 354 ff.

nahme, zufolge deren zwischen dem Sklaven und Herrn eine obligatio naturalis ex delicto entstanden sein soll, nach dem Vorgange von *Brinz*, Pandekten, erste Auflage. 1857. Bd. I. §. 133, S. 572, in *Ad. Schmidt*, Von der Delictsfähigkeit der Sklaven nach römischem Recht. Erste Abtheilung. 1873, einen Vertreter gefunden, der sich dafür in Bekämpfung *Schwanerts* auf die nachfolgenden drei Gründe stützt.

1. Nach *Schmidt* S. 4. würde die Negirung der Möglichkeit der Entstehung einer obligatio naturalis des Sklaven, der an seinem Herrn ein Privatdelict begangen, eine in hohem Grade auffallende Erscheinung, geradezu eine positive, innerlich nicht motivirte Beschränkung des jus naturale sein, da ja darnach der Herr und der Sklave sich als zwei unabhängige Menschen gegenüberständen, eben weil es dem jus naturale gemäss keine Sklaverei gäbe. Einer solchen Inconsequenz machten sich nun aber auch in Wirklichkeit die römischen Quellen in keiner Weise schuldig, vielmehr erkenneten sie im allgemeinen an, dass in einem derartigen Falle ein delictum, ein furtum, eine noxa vorhanden sei, obgleich es an einer noxalis actio gebreche, und daher müsse dies denn ein Delict im natürlichen Sinne sein.

Dass der Sklave auch gegenüber seinem Herrn so gut wie gegenüber jedem Extraneus eine Handlung begehen konnte, welche an und für sich thatsächlich die Criterien eines Privatdelictes an sich trug, ist oben bereits erwähnt und versteht sich ganz von selbst[1]). Wenn daher unter dem „Delict im natürlichen Sinne", das der Sklave zu begehen vermöge, nichts anderes verstanden wäre, so könnte man unbedingt beistimmen. So aber geht *Schmidt* einen Schritt weiter, indem er aus dem Mangel der actio noxalis den Schluss zieht, dass der Sklave durch dieses „Delict im natürlichen Sinn", wenn auch keine obligatio civilis, dann doch eine obligatio naturalis hervorgerufen habe. Dies kann nun aber füglich nichts anderes heissen, als dass der gegen seinen Herrn delinquirende Sklave die auf das entsprechende Delict an Extraneis gesetzte, mit der actio noxalis zu fordernde Privatstrafe verwirkt habe, wenn dieselbe auch nicht hätte eingeklagt werden können. Und gerade darin liegt m. E. der Fehlschluss, weil, um mit *v. Savigny*, Das Obligationsrecht. I. S. 28. zu reden, „jede Strafe

1) L. 1. pr. C. de nox. act. (3. 41.)

der naturalis ratio fremd ist und auf einer Anstalt des positiven Rechtes beruht, wie schon aus dem ganz willkürlichen Maasse der Strafe hervorgeht“ [1]). Denkt man sich also den gegen seinen Herrn delinquirenden Sklaven aus der dominica potestas herausgetreten und damit beide vom Standpunkt des jus naturale sich als freie unabhängige Menschen gegenüberstehend, so kann von Verwirkung einer bestimmten Privatstrafe wie der poena dupli, resp. quadrupli beim furtum des Sklaven keine Rede sein, weil dieselbe eben positiven Rechtes ist [2]). Ist dem aber so, so liegt auch kein Privatdelict im technisch römischen Sinne vor, da eine die thatsächlichen Merkmale eines solchen an sich tragende Handlung erst durch Verwirkung der darauf stehenden gesetzlichen Strafe den juristischen Charakter eines römischen Privatdelictes erhält. Ein römisches Privatdelict ohne Privatstrafe ist ebenso ein Widerspruch in sich selbst als eine zwar verwirkte, aber schon von vornherein *rechtlich* nicht realisirbare Strafe. Die Handlung, welche unter bestimmten Voraussetzungen eine gesetzliche Strafe nach sich zieht, sobald diese fehlen, aber straflos bleibt, hört damit im letzteren Falle auf im Sinne des positiven Rechtes widerrechtlich zu sein [3]).

Hiernach fällt also bei Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses zwischen dem an seinem Herrn delinquirenden Sklaven zu diesem — wie am schlagendsten seine ursprüngliche Gleichstellung mit dem sich am paterfamilias vergehenden filiusfamilias beweist — der Mangel seiner Freiheit absolut nicht ins Gewicht,

---

1) Vgl. auch *Martin*, Criminalrecht. §. 67. „Der Begriff und die Zahl der Verbrechensarten ist . . . erst das Product der Strafgesetze.“ *Marezoll*, Criminalrecht. §. 21. „Dasjenige, was eine Handlung im Staate äusserlich als Verbrechen erkennbar macht, sie insofern erst zum Verbrechen stempelt, ist das durch sie übertretene Strafgesetz, die lex poenalis . . . Sine lege poenali nullum crimen.“ *Brinz*, Pandekten. I. §. 117. „Der Grundsatz des Criminalrechts: Nulla poena sine lege — hat schon auf dem Gebiete der Privatdelicte Sinn und Bedeutung.“ Birnbaum im Crimin.-Arch. XIII. S. 546.

2) L. 131. §. 1. D. de V. S. Ulp. Lib. III. ad Leg. Jul. et Pap. Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est.

3) L. 14. §. 14. D. de relig. (11. 7.) L. 3. §. 4. D. de sepulchro viol. (47. 12.) L. 7. §. 3. D. ad Leg. Jul. maj. (48. 4.) verb. Quamquam enim etc. Vgl. des deutschen Strafgesetzes vierten Abschnitt: „Gründe, welche die Strafe ausschliessen.“ §§. 51—56.

sondern vielmehr ausschliesslich seine Eigenschaft als Hausgenosse, der als solcher gleich dem filiusfamilias dem eben geschilderten Haus- und Züchtigungsrechte des Familienoberhauptes anheimfällt, das zwischen beiden für Entstehung einer passiven wie activen obligatio naturalis ex delicto keinen Raum lässt [1]).

§. 3. Fortsetzung.

2. Für die Annahme einer obligatio ex servi delicto naturalis gegenüber dem dominus soll sprechen: L. 1. §. 1. D. Si is qui testamento liber esse jussus erit etc. (47. 4.)

2. Das zweite Argument für die obligatio naturalis des an seinem Herrn ein Privatdelict begehenden Sklaven soll enthalten sein in der Ulpianischen, dem Lib. XVIII. ad Ed. entnommenen L. 1. §. 1. D. Si is qui testamento liber esse jussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem surripuisse aut corrupuisse quid dicetur (47. 4.): Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se, quam civilem habet aequitatem; si quidem civilis deficit actio, sed natura aequum est, non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coërceri posse intelligit spe imminentis libertatis, neque liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae. Dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contrectaverit. E re itaque esse Praetor putavit calliditatem et protervitatem horum, qui hereditatem depopulantur, dupli actione coërcere.

Hatte der im Testament direct freigelassene Sklave den künftigen Erben durch Entwendung von Gegenständen der hereditas jacens verkürzt, so stand, da die letztere den Erblasser als domina repräsentirt und der direct freigelassene Sklave erst mit dem Antritte von Seiten des Erben frei ward, dieser Fall rechtlich dem eines vom Sklaven an seinem noch lebenden Herrn begangenen furtums gleich. Damit war aber für den Sklaven eine höchst versucherische Lage geschaffen, indem er vom Standpunkte des Civilrechts aus für keinerlei Strafe erreichbar war, für die

1) Ueber die Unmöglichkeit der Entstehung einer obligatio naturalis im Falle des vom Sklaven an einem Extraneus begangenen Privatdelictes vgl. Zweite Abhandlung. S. 43. Note 1. — S. 45.

durch den Herrn kraft seines Züchtigungsrechts zu verhängende Sühne nicht, weil derselbe gestorben war; für die gegen ihn mit der actio furti zu fordernde Privatstrafe nicht, weil diese Klage wegen eines am dominus vom eigenen Sklaven begangenen Delicts nach der erlangten Freiheit des letzteren versagt blieb. In diesen Conflict des jus civile mit der aequitas tritt nun der Praetor wie sonst so auch hier vermittelnd ein, indem er wider den freigewordenen Schädiger der hereditas jacens eine actio dupli ertheilt [1]), von der Labeo fein und zutreffend sagt: haec actio naturalem potius in se, quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio, um damit anzudeuten, dass unser judicium dupli sich nicht als ein Ausfluss der civilis ratio [2]), d. i. als eine einfache logische Consequenz und blosse Ausdehnung der civilrechtlichen actio furti, m. a. W. nicht als actio furti utilis darstellt, [aequitas (civilis), quae paribus in causis paria iura desiderat] [3]), sondern, dass sie vielmehr, — weil es gerade an der par causa für Erweiterung der actio furti fehlt, das concrete Sachverhältniss aber gleichwohl zur Ertheilung einer Klage ad similitudinem actionis furti hindrängt [4]), — als selbständiges Product der Billigkeit (aequitas naturalis) erscheint, die nicht dulden

1) War der die hereditas jacens schädigende Sklave einem Dritten legirt, so konnte der Legatar mit der Noxalklage belangt werden. L. 64. D. de furt (47. 2.) L. 1. §. 5. 6. L. 2. D. h. t. (47. 4.)

2) Vgl. *M. Voigt*, Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum, etc. I. §. 58. S. 298. §. 68. S. 362. §. 74. S. 379. Beilage IV. §. 3. S. 562 f.

3) Cic. Top. c. 4. §. 23. Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est, ut: Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sic etiam aedium: ... valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat. Idem pro Caec. c. 21. §. 59. Quod, etiamsi verbo differre videbitur, re tamen erit unum, et omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una atque eadem causa aequitatis. Vgl. c. 27. §. 78. Qui juris civilis rationem nunquam ab aequitate seiunxerit, sagt Cicero von C. Aquilius.

4) L. §. 17. D. cit. Praeter hanc actionem esse et vindicationem rei constat, quum haec actio ad similitudinem actionis furti competat. — §. 10. In locum deficientis furti actionis propter servitutem hanc actionem substituit praetor. — Nach *Rudorff*, De juris dictione edictum, (1869.) §. 138. p. 136 war die Klage also concipirt: Si paret N^m N^m in hoc anno, cum A° A° experiundi potestas esset, rem illam, quae in bonis Titi tum fuit, post mortem eius ante aditam hereditatem surripuisse (amovisse, corrupisse) dolo malo, quanti ea res est, tantae pecuniae in duplum judex N^m N^m A° A° c. s. n. p. a. Vgl. auch *Rudorff*, Röm. Rechtsgeschichte. II. §. 327. N. 18.

konnte, subtilen Consequenzen des Civilrechtes zu Liebe ein furtum straflos zu lassen. Wie nun aber aus dieser Forderung der aequitas naturalis, der Straflosigkeit des von einem Sklaven nach dem Tode seines Herrn an der hereditas jacens begangenen furtums durch Einführung einer Klage wider ihn nach erlangter Freiheit zu begegnen, folgen soll, dass zu Lebzeiten des Herrn zwischen diesem und dem an ihm delinquirenden Sklaven eine ex delicto obligatio naturalis begründet gewesen sei, ist schwer einzusehen, da, solange sich der Herr und der Sklave als solche gegenüber standen, der aequitas naturalis auch ohne Annahme einer obligatio naturalis des letzteren durch das Züchtigungsrecht des ersteren vollkommen genügt war, wie daraus hervorgeht, dass sich die Stimme der verletzten aequitas erst gegen den Rechtszustand zu erheben anfängt, welchen das Civilrecht durch den Wegfall der statuendi potestas nach dem Tode des Erblassers hervorgerufen hat. Eher könnte deshalb die neugeschaffene Klage zum Beweise des geraden Gegentheils dienen, weil es bekanntlich römischen Rechtens ist, dass obligationes naturales des Sklaven auf Grund des Satzes: Actio, quae non fuit ab initio nata, oriri non potest, L. 17. §. 1. D. de furt. (47. 2.) nach Eintritt der Freiheit ohne Klage bleiben [1]) und folglich die Ertheilung einer solchen in unserem Fall darauf hinweist, dass unmittelbar vorher, d. h. bis zum Erbschaftsantritte und der damit eintretenden Freiheit des delinquirenden Sklaven eine obligatio naturalis nicht vorhanden gewesen ist. War aber der im Testament direct freigelassene Sklave durch ein an der hereditas jacens begangenes furtum bis zum Eintritte seiner Freiheit nicht naturaliter obligirt, so kann es auch der an seinem lebenden Herrn ein solches begehende Sklave nicht gewesen sein, da, wie Ulpian in der obigen Stelle bezeugt, die hereditas jacens als domina in Betreff des an ihr begangenen furtums dem dominus, den sie repräsentirt, ganz gleich steht.

1) Paulus S. R. II. 13. §. 19. Servus si mutuam pecuniam servitutis tempore acceperit, ex ea obligatione post manumissionem conveniri non potest. L. 1. 2. C. an servus ex suo facto post manumissionem teneatur? (4. 14.) L. 14. D. de O. et A. (44. 7.) vgl. oben S. 34 ff. — Ueber die vereinzelten Ausnahmen in Betreff der actio depositi, mandati, negotiorum gestorum und einer actio in factum vgl. *v. Savigny*, System II. S. 426. 27. 29. und oben S. 35.

§. 4. Fortsetzung.

3. Auch L. 9. §. 6. D. de peculio (15. 1.) Ulp. Lib. XXIX ad Edictum soll zum Beweise der obligatio naturalis ex servi delicto gegenüber seinem dominus dienen.

3. Den dritten und letzten Grund für seine Ansicht, dass zwischen dem Herrn und seinem delinquirenden Sklaven eine obligatio naturalis ex delicto bestanden habe, findet *Schmidt* a. a. O. in L. 9. §. 6. D. de pecul. (15. 1.)[1]), welche von Ulpian herrührend also lautet: Sive autem ex contractu quid domino debeat sive ex rationum reliquiis, deducet dominus. Sed et si ex delicto ei debeat, utputa ob furtum, quod fecit, aeque deducetur. Sed est quaestionis, utrum ipsa furti aestimatio, id est, id solum quod domino abest, an vero tantum, quantum si alienus servus commisisset, id est, cum furti poenis? Sed prior sententia vera est, ut ipsa furti aestimatio sola deducatur.

Das Beweisende in vorstehenden Worten liegt für *Schmidt* darin, dass Ulpian die Schadenersatzpflicht des mit einem peculium versehenen Sklaven, der an seinem Herrn ein furtum begangen, ausdrücklich als eine obligatio ex delicto anerkenne, und sich das peculium, wenn auch nicht um den Betrag der Privatstrafe, dann doch um den des Schadens auf dem Wege der deductio ipso iure vermindere, eben weil der Sklave dem Herrn auf diesen naturaliter obligirt sei.

In Betreff der Frage, um was und wie viel sich nach einem furtum des Sklaven an seinem Herrn das peculium auf dem Wege der deductio ipso iure vermindere, hat man die den beiden sog. Diebsklagen, der condictio furtiva und actio furti, entsprechenden Verpflichtungen des fur auseinander zu halten.

Während die mit der letzteren Klage bei dem vom Sklaven an einem Extraneus begangenen furtum einzufordernde poena dupli vel quadrupli dem eigenen bestohlenen Herrn gegenüber nicht in Abzug kommt, mindert sich das peculium um den mit der condictio furtiva zu erlangenden Betrag des zugefügten Schadens; ipsa furti aestimatio sola deducatur. — Und was ist der Grund dieses Unterschiedes? Kein anderer als der, dass für

---

1) Auf diese Stelle beruft sich auch *Brinz* a. a. O. für die Annahme einer obligatio naturalis ex servi delicto.

den Sklaven gegenüber seinem bestohlenen Herrn in Betreff obiger Strafen keine obligatio ex delicto besteht, während er in Betreff des durchs furtum zugefügten Schadens zum Ersatze naturaliter verpflichtet erscheint, indem er, um mit Afrikanus in L. 30. pr. D. de act. emti (19. 1.) zu reden, (domini) debitor ex causa condictionis factus (est), ob idque ipso iure factum minutum est peculium [1]). — Da unzweifelhaft feststeht, dass alles, was der Sklave seinem Herrn naturaliter schuldet, in peculii deductione in Anrechnung kommt [2]), so folgt daraus, dass da, wo die deductio versagt ist, auch keine obligatio naturalis vorhanden gewesen sein kann. Nun ist aber, wie L. 9. §. 6. D. cit. bezeugt, der Abzug der vom servus alienus durch ein furtum verwirkten Privatstrafe, falls der servus proprius ein solches am dominus begangen, versagt und daher kann denn auch letzterer seinem dominus nicht in Betreff der poena dupli et quadrupli naturaliter obligirt gewesen sein, weil dieselbe sonst in Abzug gekommen wäre. Unter diesen Verhältnissen spricht also die L. 9. §. 6. D. cit. nicht nur nicht gegen unsere Ansicht, sondern ist vielmehr gerade umgekehrt ein wichtiges Zeugniss für dieselbe. Dass aber der servus ex causa condictionis naturalis debitor geworden, erklärt sich einfach aus der Natur der condictio furtiva, zufolge deren sie keine eigentliche Delictsklage [3]), sondern eine reipersecutorische, auf die Thatsache des Habens sine causa, der grundlosen Bereicherung basirte [4]) und daher analog der condictio indebiti auf ein quasicontractliches Verhältniss zurückzuführende Klage ist [5]), und Sklaven bekanntlich durch Contracte und Quasi-

---

1) L. 30. pr. D. cit. Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit; quamvis ea res, quam surripuit, interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso jure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. L. 5. §. 7. D. de trib. act. (14. 4.)

2) L. 11. §. 2. D. de pec. (15. 1.) Ulp. Lib. XXIX. ad Ed. verb. Naturalia enim debita spectamus in peculii deductione.

3) L. 10. §. 2. D. de compens. (16. 2.) Dazu *v. Savigny*, System V. S. 557. 428. Damit eine Klage eine nicht gegen die Erben gehende Delictsklage sei, wird zweierlei erfordert, ut ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur. L. 9. §. 8. D. de reb. auct. jud. (42. 4.)

4) *v. Savigny* a. a. O. Beil. XV.—XVII. insbesondere S. 556—561.

5) Cf. Pr. I. de obl. quasi ex contr. (3. 27.) (Obligationes,) quae, . . .

contracte naturaliter obligirt werden können [1]). — Dass Ulpian in L. 9. §. 6. D. cit. die Schadenersatzpflicht des ein furtum an seinem Herrn begehenden Sklaven ausdrücklich als eine „obligatio ex delicto“ anerkannt habe, ist unnachweisbar, denn wenn derselbe die der actio furti und condictio furtiva entsprechenden Verpflichtungen des fur zusammen ins Auge fassend in Bezug auf beide Klagen von einem „debere ex delicto“ spricht, so sagt er damit nichts anderes, als was er auch in L. 10. §. 2. D. de compens. (16. 2.) sagt, wenn er sowohl die actio furti als condictio furtiva ex causa furtiva ableitet, dabei aber gleichwohl die erstere als actio, quae ex maleficio oritur, der zweiten als actio si condicatur ex causa furtiva geradezu entgegengesetzt: nichts anderes, als was wir sagen, wenn wir beide Klagen als „Diebsklagen“ bezeichnen, um damit anzudeuten, dass sie beide ein furtum, eine causa furtiva zu ihrem Dasein vorauszusetzen [2]). Dass sich die Sache so und nicht anders verhält, geht am schlagendsten gerade daraus hervor, dass unsere Quellen da, wo sie den Grund der Ersatzpflicht des an seinem Herrn ein furtum begehenden Sklaven hervorheben wollen, ihn, wie gezeigt, nicht als einen domini debitor ex delicto, sondern vielmehr als debitor ex causa condictionis factus bezeichnen.

---

quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur. §. 6. I. eod. Gaius III. 91. L. 1. §. 3. D. de cond. sine causa (12. 7.) Ulp. lib. XLIII. ad Sab. Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit vel redit ad non justam causam.

1) L. 14. D. de O. et A. (44. 7.)

2) Vgl. L. 21. §. 5. D. rer. amot. (25. 2.) Paulus. Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. L. 4. §. 6. D. de alien. jud. mut. c. (4. 7.) Ulp. Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio judicis continet... L. 7. eod. Gaius: Pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari.

Vierte Abhandlung.

Kam die noxae datio auch in causis criminalibus zur Anwendung?

A. Nachweis, dass die für Bejahung dieser Frage herangezogenen Digesten-Stellen ausser Stande sind dieselbe zu beweisen.

§. 1.

Exegese der L. 5. D. si ex noxali causa agatur, quemadmodum cavetur. (2. 9.) Ulp. Lib. XLVII. ad Sabinum.

Die obige Frage wird von *Schrader* in seinem Commentar zu den Institutionen IV. 8. D. de nox. act. §. 4. [1]) für das von einem Sklaven begangene mit capitaler Strafe belegte furtum manifestum der XII Tafeln bejaht und zwar aus dem allgemeinen Grunde, weil auch in Criminalsachen der Sklave noxae gegeben zu werden pflege [2]). Das Letzte soll aus zwei Pandektenstellen hervorgehen, deren erstere, die Ulpian'sche L. 5. D. cit. also lautet:

„Si servum in eadem causa sistere quidam promiserit, et liber factus sistatur, si de ipso controversia est capitalium actionum injuriarumque nomine, non recte sistitur, quia aliter de servo supplicium et verberibus de injuria satisfit, aliter de libero vindicta sumitur vel condemnatio pecuniaria.

---

1) §. 4. I. cit. Sunt autem constitutae noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris; legibus, veluti furti, lege XII tabularum.

2) *Schrader* ad §. 4. cit. Quaeritur autem, XII tabulae utrum solum furtum nec manifestum, an et manifestum spectaverint, cum huius poenam e XII tabulis capitalem fuisse Gellius (XX. 1.) doceat . . . Sed ad utrumque furti genus XII tabulas pertinere, nihil vetat *cum sc. in criminalibus quoque causis servus noxae dari soleat.* (D. si ex nox. caus. II. 9. L. 5.; D. de min. IV. 4. l. 24. §. 3.)

Quod autem ad caeteras noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur pervenisse.“

Wurde ein Römer aus dem Delicte eines abwesenden Sklaven, von dem er aber zugab, dass er in seiner dominica potestas stehe, mit einer actio noxalis belangt, so brauchte er sich zwar nicht sofort auf diese Klage einzulassen, dagegen hatte er Caution zu leisten, dass er den Thäter vor Gericht stellen werde, (servum judicio sistere promittere), sobald er seiner habhaft würde [1]). Und dabei musste er noch besonders versprechen, dass er den Sklaven in derselben rechtlichen Lage, (in eadem causa), in welcher er im Momente der erhobenen Klage gewesen, sistiren wolle, und folglich auch keinerlei für den Kläger processerschwerende Aenderungen in dem persönlichen Rechtszustande des Sklaven bis zur Litiscontestation vornehmen werde [2]). —

In obiger Stelle spricht sich nun Ulpian darüber aus, ob der Herr des delinquirenden Sklaven dieser seiner ihm durchs prätorische Edict auferlegten Verpflichtung, in eadem causa servum exhibere, in qua tunc est, donec judicium accipiatur, genügt habe,

---

1) 2. §. 1. D. si ex noxali causa agatur, quemadmodum cavetur (2. 9). Paulus Lib. VI. ad Edictum. Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit, siquidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius, vel judicio eum sisti promittere, vel judicium accipere, aut si nolit defendere, cauturum, quum primum potuerit se exhibiturum. Vgl. *Keller*, Römischer Civilprocess. Fünfte Aufl. v. Wach. (1876) §. 47. S. 229. N. 556. *Schlayer*, Die Lehre von den Cautionen im Civilprocesse, in Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. IX. S. 14. 19. 225 f. *Rudorff* in s. Zeitschr. f. Rechtsgesch. IV. S. 66 f.

2) L. 1 pr. D. eod. Ulp. Lib. VII. ad Ed. Si quis eum, de quo noxalis actio est, judicio sisti promittit, Praetor ait: IN EADEM CAUSA EUM EXHIBUISSE, IN QUA TUNC EST, DONEC JUDICIUM ACCIPIATUR. §. 1. In eadem causa sistere quid sit videamus; et puto verius, eum videri in eadem causa, qui ad experiendum non facit jus actoris deterius. — L. 11. D. si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit. (2. 11.) Ulp. Lib. XLVII. ad Sabinum. Si quis quendam in judicio sisti promiserit, in eadem causa eum debet sistere. In eadem autem causa sistere hoc est ita sistere, ut actori persecutio loco deteriori non sit, quamvis executio rei possit esse difficilior. — Die vom Sklaven selbst eingegangene promissio judicio se sitsi war ihm wie dem Bürgen gegenüber nichtig. L. 9. pr. L. 18. D. eod. — Die cautio judicio sisti kam übrigens nicht nur bei noxalen Privatdelicten des Sklaven, sondern auch bei dessen criminibus publicis vor. L. 2. D. de cust. et exhib. serv. (48. 3.) L. 2. C. de accus. (9. 2.)

wenn er den in der Zwischenzeit freigewordenen Sklaven sistirte, und dabei werden von ihm zweierlei Fälle scharf unterschieden, je nachdem es sich 1. um Capitalverbrechen des Sklaven (de ipso controversia capitalium actionum nomine) und um Injurien desselben (de ipso controversia injuriarum nomine) handle, oder 2. um sonstige Noxalfälle, caeterae noxales causae.

Ad 1. In Fällen der ersteren Art, sagt Ulpian, sei der cautio judicio sisti nicht genügt, d. i. der Delinquent nicht in eadem causa sistirt, falls er im Momente des judicium acceptum noch Sklave gewesen, später aber als Freier sistirt werde, quia aliter de servo supplicium et verberibus de injuria satisfit, aliter de libero vindicta sumitur vel condemnatio pecuniaria[1]).

Nach vorstehenden Worten könnte man leicht versucht sein, den Grund der unter den gegebenen Verhältnissen nicht eingehaltenen promissio judicio sisti in der Ungleichheit der Bestrafung desselben Verbrechens, derselben Widerrechtlichkeit bei Freien und Sklaven zu finden[2]). — Allein dem steht der römische Rechtssatz entgegen, wornach, wenn in der Persönlichkeit des Delinquenten sich nach der That etwas geändert hatte, er darum doch die im Momente der begangenen Widerrechtlichkeit verwirkte Strafe erleiden musste, nicht die, welche ihn vom Standpunkte seiner persönlichen Eigenschaften zur Zeit des gefällten Urtheils getroffen haben würde. —

L. 1. pr. D. de poenis (48. 19.) Ulp. Lib. VIII. Disput. Quoties de delicto quaeritur, placuit, non eam poenam subire quem debere, quam conditio eius admittit eo tempore, quo sententia de eo fertur, sed eam, quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus, quum deliquisset. §. 1. Proinde si servus crimen commiserit,

---

1) Bezog sich die promissio judicio sisti auf einen statu liber, und er wurde sistirt, nachdem er die Freiheit erlangt, so galt er als in eadem causa sistirt, quod implicitus ei casus libertatis fuerit, wie Paulus in L. 6. D. si ex nox. causa agatur. (2. 9.) sagt.

2) L. 10. pr. L. 16. §. 3. D. de poen. (48. 19.) Claud. Saturn. Persona dupliciter spectatur, . . . aliter enim puniuntur ex iisdem facinoribus servi quam liberi. L. 28. §. 16. D. eod. Callistr. Maiores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos . . . punierunt. L. 17. §. 3. D. de injur. (47. 10.) Ulp. Quaedam injuriae a liberis hominibus factae leves et nullius momenti videntur; crescit enim contumelia ex persona eius, qui contumeliam fecit.

deinde libertatem consecutus dicetur, eam poenam sustinere debet, quam sustineret, si tunc sententiam passus fuisset, quum deliquisset.

Hiernach kann also die Verschiedenheit der Bestrafung des Sklaven und Freien für Ulpian nicht der entscheidende Grund gewesen sein, die eadem causa durch Sistirung des delinquirenden Sklaven als Freien bei Capitalverbrechen und Injurien für alterirt zu erachten; vielmehr muss seinen obigen Worten eine andere Bedeutung unterliegen, wenn man nicht eine Antinomie der L. 5. und L. 1. pr. D. citt. annehmen will, wogegen schon der Umstand spricht, dass beide Stellen von Ulpian herrühren. — Die einfache Lösung dieses scheinbaren Widerspruchs besteht darin, dass man die L. 5. cit. statt von der Verschiedenheit der vom Freien und vom Sklaven bei gleichen Verbrechen verwirkten Strafe, von der Verschiedenheit des bis zum Ausspruche derselben führenden Verfahrens und der Strafvollstreckung selbst versteht [1]).

Was zunächst die Capitalverbrechen betrifft, so gehört

---

1) Dieser Ansicht ist schon *Duarenus* in Tit. IX. Lib. II. Pandectarum in Opp. Francof. 1607. fol. p. 35. — Die Glosse ad L. 5. D. cit. findet die Lösung des scheinbaren Widerspruchs der beiden genannten Gesetze darin, dass L. 5. cit. von delictis privatis, L. 1. cit. von criminibus publicis zu verstehen sei, und dieser Ansicht stimmt auch *Huber*, Praelectiones jur. civ. II. 9. bei. Dieselbe steht mit den Worten de ipso controversia capitalium actionum nomine in L. 5. cit. in directem Widerspruch. *Cujacius*, Observ. X. 22. i. f. findet in den angegebenen Gesetzen keine Antinomie, weil L. 1. cit. den Moment des begangenen Verbrechens gegenüber dem des Urtheils in Betracht ziehe, L. 5. cit. dagegen den Moment des begangenen Delicts gegenüber dem des judicium acceptum. Allein damit ist nichts gewonnen, weil den delinquirenden Sklaven nach L. 1. cit. die im Augenblick der That verwirkte Strafe gerade so gut trifft, wenn er vor als wenn er nach dem Augenblick des judicium acceptum die Freiheit erlangt hat, und daher bleibt denn in Bezug auf L. 5. cit. die Frage bestehen, wie es kommt, dass Ulpian nach geleisteter cautio judicio sisti die eadem causa durch Freiwerdung des zu sistirenden Sklaven post judicium acceptum alterirt findet, während letzterer doch die ante judicium acceptum verwirkte Strafe zu erleiden hatte? Huber l. c. sagt von der Cujacischen Erklärung: Cujacii conciliatio, quam videsis lib. 10. Obs. 22. i. f., petit principium. — Als herrschende Ansicht stellt Duarenus l. c. die dar: Vulgo distinguunt poenam certam et ordinariam ab arbitraria. Cum certa est, spectatur tempus delicti, et sic intelligunt leg. 1. de poenis. Cum arbitraria, spectatur tempus rei judicatae. Er setzt aber sofort hinzu: Sed certe ex Ulp. non potest ullo modo talis distinctio colligi.

dahin, dass die im Urtheile ausgesprochene Strafe körperlicher Züchtigung (verbera) bei Sklaven durch Peitschen-Geisselhiebe (flagellis), bei Freien, und selbst hier nur, wenn sie keine honestiores waren, durch Stockschläge (fustibus) vollzogen wurde[1]), dass die Folter während der Untersuchung als Regel nur auf Sklaven Anwendung fand[2]), dem als Freien Sistirten gegenüber also zu unterbleiben hatte, die Kreuzigung (crux) als Form der Todesstrafe die bei Sklaven gewöhnliche war, nicht bei Freien[3]).

Das Charakteristische der Privatdelicte bestand darin, dass durch sie eine dem Verletzten zufallende Privatstrafe verwirkt ward, gleichviel ob der Delinquent ein Freier oder Sklave war. Der letztere Unterschied erschien nur insoferne von Einfluss, als die vom Sklaven verwirkte Geldstrafe nicht von ihm selbst, sondern von dem ihn vertretenden Herrn eingefordert werden konnte, dieser aber das Recht hatte, sich von Entrichtung der litis aestimatio durch noxae datio zu befreien. Wurde nun der eines Privatdelicts schuldige Sklave nach geleisteter cautio judicio sisti als Freier sistirt, so machte sich zwar in der von ihm früher verwirkten Privatstrafe keine Aenderung geltend, wohl aber darin, dass er jetzt direct in sie verurtheilt wurde und damit selbstverständlich die noxae datio hinwegfiel. Wie sich weiter unten ad 2. zeigen wird, erschien mit diesen Aenderungen die eadem causa bei Privatdelicten im Allgemeinen nicht zum Nach-

---

1) L. 10. pr. D. de poen. (48. 10.) Macer. verb. ex quibus causis liber fustibus caeditur, ex his servus flagellis caedi et domino reddi jubetur. L. 4. §. 1. D. de incend. ruin. naufr. (47. 9.) L. 45. D. de injur. (47. 19). L. 28. §. 2. D. de poen. (48. 19) Callistr. non omnes fustibus caedi solent, sed hi duntaxat, qui liberi sunt, et quidem tenuiores homines: honestiores vero fustibus non subjiciuntur.

2) L. 1. pr. §. 30. sq. D. de S. C. Silan. (29. 5) L. 55. D. loc. (19. 2.) L. 15. D. de cond. caus. dat. c. n. s. (12. 4.). Ausnahmen fanden Statt, indem nicht nur die im Testamente, sondern auch die vom ermordeten Herrn bei dessen Lebzeiten freigelassenen Sklaven gefoltert wurden, letzteres in Folge einer Verordnung Hadrians. L. 10. §. 1. L. 3. §. 16. D. de S. C. Sil. (29. 5).

3) Ursprünglich war die Kreuzigung nur für Sklaven bestimmt, servile supplicium, erst später wurde sie nach der Praxis auch gegen humiliores angewendet, bis sie Constantin endlich ganz aufhob. *Rein*, Criminalrecht der Römer. S. 913. *Rudorff*, Röm. Rechtsgeschichte I. §. 35. S. 86. N. 8. II. §. 123. S. 406. N. 8. *Geib*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. §. 11. S. 62.

theile des Klägers alterirt. Nur im Falle der vom früheren Sklaven an einem Dritten begangenen Injurien erlitt dies eine Ausnahme, weil hier dem desfalls verklagten Herrn ausser der Entrichtung der litis aestimatio oder der noxae datio noch ein dritter Weg die Noxalklage von sich abzuwenden eröffnet war, nämlich der, den Sklaven vorübergehend dem Injuriirten zu überlassen, um sich selbst durch dessen körperliche Züchtigung Genugthuung zu verschaffen [1]); (de servo .... verberibus de injuria satisfit.) Vgl. Abh. I. S. 16. 17. Diese dritte Möglichkeit ist selbstverständlich durch Sistirung des injuriirt habenden Sklaven als Freien hinweggefallen, indem ihm gegenüber, da er keinen die Züchtigung verstattenden Herrn mehr hatte, nur noch der zur condemnatio pecuniaria führende Weg der actio directa offen stand. Und damit erschien denn die Situation des Klägers, zwar nicht durch den gleichzeitigen Wegfall der noxae datio, wohl aber dadurch verschlimmert, dass ihm die Aussicht benommen war, möglicher Weise auf dem drastischen Wege der körperlichen Züchtigung seinem verletzten Ehrgefühle selber Genüge zu verschaffen [2]), — eine Sachlage, welche vollkommen erklärt, wie einestheils Ulpian dazu kam, die causa noxalis injuriarum von den caeteris noxalibus causis auszuscheiden und den capitalibus causis wegen der gleichmässigen Alteration der eadem causa an die Seite zu stellen, und wie anderen Theils die Compilatoren kein Bedenken trugen wegen dieser Uebereinstimmung der Capitalsachen mit der causa noxalis injuriarum besagte Stelle im Tit. Dig. II. 9. Si ex noxali

1) L. 17. §. 4. D. de injur. (47. 10.) Ulp. Quum servus injuriam faxit, maleficium eum admittere palam est. Merito igitur, sicut ex ceteris delictis, ita et ex hoc injuriarum noxalis actio datur. Sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei, qui injuriam passus est; neque erit necesse domino utique, eum verberandum praestare, sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum, aut si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam. — *Huschke*, Gaius. S. 133. N 51. Mit der Züchtigung war die actio injuriarum erloschen, qui enim accepit satisfactionem, injuriam suam remisit. L. 17. §. 6. D. eod.

2) Gegen das Uebermass hatte der arbitratus judicis zu schützen. L. 17. §. 5. D. eod. Ait Praetor: arbitratu judicis utique quasi boni viri, ut ille modum verberum imponat. — Aber auch schon der arbitratus alicuius genügte, wenn die Partheien es so ausgemacht. L. 17. §. 6. D. eod. — Ueber das spätere, die Injuria extra ordinem bestrafende Recht vgl. Paulus S. R. V. 4. §. 22. L. 45. D. de injur. (47. 10).

causa agatur, quemadmodum cavetur, Aufnahme finden zu lassen.[1])

Ad 2. In den anderen Noxalfällen, in welchen der Beklagte nur die Wahl zwischen Entrichtung der litis aestimatio und der noxae datio hatte, stellte sich, falls der delinquirende Sklave als Freier sistirt wurde, die Sache ganz anders. Hier konnte von einer Verschlechterung der Lage des Klägers im Vergleich zu der im Momente des judicium acceptum keine Rede sein, sondern vielmehr umgekehrt nur von einer Verbesserung. Denn während bei der Sistirung des Delinquenten als Sklaven der Kläger gewärtig sein musste, mittelst noxae datio des hinter dem Betrage der verwirkten litis aestimatio an Werth leicht bedeutend zurückbleibenden Sklaven abgefunden zu werden[2]), erschien er nunmehr dieser Eventualität überhoben, indem ihm durch die gegen den Freigewordenen zu richtende actio directa die condemnatio pecuniaria von jetzt an sicher war.

Kehrt man nach vorstehender Interpretation der L. 5. D. cit. zu der obigen Frage zurück, ob die noxae datio auch in criminalibus causis zur Anwendung gekommen sei, so kann *Schrader*, da er dieselbe unter Berufung auf besagtes Gesetz bejaht, dazu nicht füglich durch etwas anderes bestimmt worden sein, als durch die Schlussworte: Quod autem ad caeteras noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur pervenisse, indem er an sie die Folgerung geknüpft, dass, wenn Ulpian „von den übrigen Noxalfällen" rede, er auch vorher nur solche im Auge gehabt haben könne, und dies seien gerade ausser Injurien die controversiae capitalium actionum gewesen. Allein das Unrichtige einer derartigen Argumentation liegt in dem Rückschlusse, dass, weil Ulpian „von den übrigen Noxalsachen" spricht, deshalb nun auch alle vorerwähnten Fälle Noxalfälle gewesen sein müssten, während doch die gedachte Ausdrucksweise schon vollkommen gerechtfertigt erscheint, wenn auch nur einer, der letzte der vorerwähnten Gattungsfälle

---

1) Ganz dasselbe Verhältniss machte sich nach der im nächsten §. 2 zu besprechenden L. 24. §. 3. D. de min. (4. 4.) geltend, si servus vel filius minorem circumscripserit.

2) L. 16. pr. D. de pecul. leg. (33. 8.) Vgl. L. 17. pr. D. de nox. act. (9. 4.) Arg. verb. iniquum est, vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari.

noxalen Charakter hat, wie dies auf Grund des praetorischen Edictes in Betreff der neben den causis criminalibus hervorgehobenen Injurien des Sklaven keinem Zweifel unterliegt [1]). —

§. 2. Fortsetzung.

Exegese der L. 24. §. 3. D. de min. (4. 4.) Paulus Lib. I. Sententiarum.

Erscheint hiernach die Ulpian'sche L. 5. D. cit. zum Beweise der noxae datio in criminalibus causis ungeeignet, so gilt dasselbe auch von der zweiten durch *Schrader* dafür herangezogenen Paulinischen Digesten-Stelle, der L. 24. §. 3. D. cit.

Si servus vel filiusfamilias minorem circumscripserit, pater dominusve, quod ad eum pervenerit, restituere jubendus est, quod non pervenerit, ex peculio eorum praestare, si ex neutro satisfit et dolus servi intervenerit, aut verberibus castigandus aut noxae dedendus erit.

Der Fall, welchen Paulus vorstehend behandelt, ist folgender: Ein minor ist beim Abschlusse von Rechtsgeschäften durch einen Sklaven (Haussohn) dolose übervortheilt worden. Hier soll der Erstere je nach den Umständen zweierlei Wege haben, um zum Ersatze seines Schadens zu gelangen, den der Klage ex negotio in zwiefacher Gestalt und den der Klage ex delicto. War nämlich der Herr (paterfamilias) durch das betrügerische Rechtsgeschäft seines Sklaven (filiusfamilias) bereichert, so konnte er vom betrogenen minor mit der actio de in rem verso in Anspruch genommen werden, (quod ad eum pervenerit, restituere jubendus est), daneben aber auch, wenn der Sklave (Haussohn) ein Peculium hatte, mit der actio de peculio, (quod non pervenerit, ex peculio eorum praestare sc. jubendus est), bei welcher dessen dolus vollauf mit in Betracht gezogen wurde [2]). Fehlte es an den Voraussetzungen dieser beiden Geschäftsklagen, so kam es nun zu der Delictsklage, der subsidiären actio doli noxalis [3]) gegen

1) Gaius IV. 76. §. 4. I. de nox. act. (4. 8.)

2) L. 3. §. 4. D. commodati (13. 6.) Ulp. Si filiofamilias servove commodatum sit, duntaxat de peculio agendum erit; . . §. 5. Sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnetur, sed et ipsius quoque domini vel patris fraus duntaxat venit. L. 1. §. 42. i. f. D. depos. (16. 3.)

3) L. 1. §. 1. 4. D. de dol. mal. (4. 3.)

den Herrn (Vater), welcher übrigens, wie wir gerade aus unserer Stelle ersehen, im Falle der circumscriptio minoris das Recht hatte, der Leistung der litis aestimatio nicht nur durch noxae datio, sondern auch, wie bei Injurien, durch Ueberlassung des Sklaven zu körperlicher Züchtigung zu entgehen. Vgl. Abh. I. S. 17. N. 1.

Um sich mit Recht zum Beweise der noxae datio in causis criminalibus auf vorstehende L. 24. §. 3. cit. berufen zu können, wie *Schrader* thut, hätte darin von einem dolus die Rede sein müssen, der öffentliche Strafe nach sich zog [1]), statt dessen handelt es sich hier aber lediglich um einen solchen, der einen civilrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz giebt, wie gerade daraus hervorgeht, dass Paulus, als Mittel gegen denselben aufzukommen, zunächst auf die Geschäftsklagen in Gestalt der actio de in rem verso und de peculio, und dann erst in subsidium auf die actio doli noxalis hinweist [2]). Ein dolus, der alternativ durch die Geschäftsklage oder durch die Delictsklage zum gerichtlichen Austrage gebracht wird, ist kein zu einer causa criminalis führender dolus [3]), wie ihn *Schrader* in L. 24. §. 3. cit. bei Berufung auf dieses Gesetz für seine Ansicht voraussetzt, sondern ein privatrechtlicher, der diesen seinen Charakter auch nicht dadurch verliert, dass der sich desselben schuldig machende Sklave bei der

---

1) Vgl. L. 3. §. 1. D. stellionatus (47. 20.) Ulp. verb. Quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio.

2) L. 49. D. de O. et A. (44. 7.) Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur; veluti quum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is, apud quem depositum est. Quo casu etiam, quum filiusfamilias aut servus quid tale commisit, de peculio actio datur, non noxalis. v. *Savigny*, System. V. S. 45. N. a. *Keller*, Röm. Civilprocess. 3. Aufl. §. 91. S. 401. N. 139.

3) L. 9. §. 4. D. de dol. mal. (4. 3.) Ulp. Labeo. . scribit, de dolo actionem servi nomine, interdum de peculio, interdum noxalem dari. Nam si ea res est, in quam dolus commissus est, ex qua de peculio daretur actio, et nunc in peculio dandam; sin vero ea sit, ex qua noxalis, hoc quoque noxale futurum. L. 16. D. ad exhib. (10. 4.) L. 1. §. 8. D. de his qui effuderint (9. 3.) Ulp. Quum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non ex negotio gesto, an de peculio, quia non ex delicto servo venit? neque enim recte servi dicitur noxa, quum servus nihil nocuerit. Sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio judicis corrigendum. Vgl. mit diesen Stellen die im nächsten §. angeführten.

circumscriptio minoris wie bei der Injurie ausnahmsweise dem letzteren zur körperlichen Züchtigung übergeben werden konnte. Denn diese Züchtigung durch den Betrogenen selbst galt nicht als öffentliche Strafe, sondern gleich der noxae datio nur als Surrogat, um der pecuniären Privatstrafe zu entgehen [1]).

§. 3.

B. Ausdrückliche Quellenzeugnisse für den Ausschluss der noxae datio in causis criminalibus und die Gründe, welche dazu geführt haben.

Hat die vorstehende Darstellung auch zunächst nur das negative Resultat geliefert, dass die beiden von *Schrader* für die Anwendung der noxae datio in causis criminalibus herangezogenen Pandektenstellen nicht geeignet erscheinen dieselbe darzuthun, so ist doch damit immerhin etwas wesentliches erreicht, weil die mit positivester Bestimmtheit für das Gegentheil zeugenden Quellenaussprüche nunmehr in ihre volle, nicht mehr zu beanstandende Beweiskraft eintreten, und dies sind denn die folgenden:

L. 17. §. 17. D. de aed. ed. (21. 1.) Ulp. Libr. I. ad Ed. Aed. cur. Quod aiunt Aediles: NOXA SOLUTUS NON SIT, sic intelligendum est, ut non hoc debeat pronuntiari, nullam eam noxam commisisse, sed illud, noxa solutum esse, hoc est noxali judicio subjectum non esse; ergo si noxam commisit nec permanet, noxa solutus videtur. §. 18. Noxas accipere debemus privatas, hoc est eas, quaecunque ex delictis, (non publicis criminibus), ex quibus agitur judiciis noxalibus; denique specialiter cavetur infra de capitalibus fraudibus; ex privatis autem noxiis oritur damnum pecuniarium, si quis forte noxae dedere noluerit, sed litis aestimationem sufferre.

L. 11. §. 1. D. de evict. (21. 2.) Paulus Libr. VI. Respons. Ex his verbis stipulationis duplae vel simplae, eum hominem, quo de agitur, noxa esse solutum, venditorem conveniri non posse, propter eas noxas quae publice coerceri solent.

1) Diese private Züchtigung des Sklaven ist nicht mit der ausserordentlichen öffentlichen Strafe der Züchtigung zu verwechseln. Paulus S. R. V. 4. 22. Servus, qui injuriam aut contumeliam fecerit, si quidem atrocem, in metallum damnatur; si vero levem, flagellis caesus sub poena vinculorum temporalium domino restituitur. L. 45. D. de injur. (47. 10.) L. 3. D. ad S. C. Turpill. (48. 16.)

L. 200. D. de V. S. Julian. Libr. II. Dig. Haec stipulatio noxis solutum praestari non existimatur ad eas noxas pertinere, quae publicam exercitionem et coercitationem capitalem habent.

Die Gründe, warum das römische Recht das Gebiet der Noxalklagen auf das der noxae privatae beschränkt, und folgeweise auch der einen Sklaven auf einen anderen Uebertragende durch die stipulatio: hominem quo de agitur, noxa solutum esse, noxis solutum praestari, nur die Garantie gegen dessen Verfangensein in einem noch unerledigten Privatdelicte (servum noxali judicio subjectum non esse) übernommen hat, liegen darin, dass den Herrn wegen öffentlicher Verbrechen, Policeivergehen und Quasidelicte seines Sklaven im Gegensatze der Privatdelicte keinerlei Verantwortung traf[1]). Während wegen der letzteren der Herr servi nomine verklagt und verurtheilt wurde, ward der Sklave, welcher öffentliche Strafen verwirkt hatte, selbst vor Gericht gefordert und suo nomine verurtheilt[2]). Während bei Privatdelicten der Herr die Verpflichtung hatte, die defensio seines Sklaven zu übernehmen, wollte er nicht als auf sein Eigenthum daran verzichtend behandelt werden[3]), stand es ihm bei öffentlichen Verbrechen und Vergehen seines Sklaven frei, ob er denselben vertheidigen wollte oder nicht[4]). That er es nicht, so lag

1) L. 5. D. de accus. (48. 2.) Ulp. Servos quoque adulterii posse accusari nulla dubitatio est. L. 12. §. 3. D. eod. Venul. Saturn. Si servus reus postulabitur, eadem observanda sunt, quae si liber esset ex Scto Cotta et Messala Consulibus. §. 4. Omnibus autem legibus servi rei fiunt, excepta Lege Julia de vi privata, etc. L. 4. C. de nox. act. (3. 41.) Diocl. et Max. Sane si criminis publici accusationem propter uxorem tuam a servo raptam intendendam putaveris: non contra dominum, sed contra eum servum, quem facinus commisisse proponis, hanc instituere debes. L. 1. §. 8. D. de his qui effud. (9. 3.) *Rudorff*, Röm. Rechtsgesch. I. §. 48. 22. 10.

2) L. 2. C. de accus. (9. 2.) Alex. Si cuiusdam criminis obnoxius servus postulatur, dominus eum defendere potest et in iudicio sistere, accusatoris intentionibus responsurus. Post probationem autem criminis non ipse dominus, sed servus pro suo delicto condemnationem sustineat. Ideo enim servum suum domino defendere permissum est, ut pro eo possit competentes allegationes offere.

3) L. 83. D. de nox. act. (9. 4.) Pompon. Noxali judicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo, quem non defendit, si servus est.

4) L. 2. C. de accus. (9. 2.). Auch jeder Dritte konnte die defensio übernehmen. L. 19. D. de poenis (48. 1.).

darin für ihn noch keine Dereliction, vielmehr wurde der verurtheilte Sklave in dem einen wie dem anderen Falle nach verbüsster öffentlicher Strafe dem Herrn wieder zurückgegeben [1]). — Bei Privatdelicten sollte dem Herrn in der facultas noxae dedendae das Mittel dargeboten werden, die Entrichtung der von seinem Sklaven verwirkten Privatstrafe, die ihm gesetzlich oblag, von sich abzuwenden; von verwirkten öffentlichen Strafen des Sklaven blieb der Herr vollkommen unberührt und daher fehlte es hier wie an einem Bedürfnisse so an den Voraussetzungen zur noxae datio.

§. 4.

C. Von der besonderen Gestaltung der noxae datio bei dem mit capitaler Strafe belegten furtum manifestum der XII Tafeln. [2])

Fragt man schliesslich, wie es sich mit der noxae datio beim furtum manifestum eines Sklaven nach dem Rechte der XII Tafeln verhalten habe, von der *Schrader* bei seiner generellen Annahme der noxae datio in causis criminalibus ausgegangen, so kann es auf Grund der vorstehenden Ausführung keinem Bedenken unterliegen, dass es nicht in die Macht des Herrn des mündigen fur manifestus gelegt war, durch Hingabe des letzteren die Vollstreckung der von ihm verwirkten, in Herabstürzen vom Tarpejischen Felsen nach vorheriger Geisselung bestehenden Capitalstrafe [3]) gegen den Willen des vom furtum

1) L. 9. D. de publ. jud. (48. 1.) Marcian. Sciendum est, si in capitali causa suum servum reum crimine factum quis non defenderit, non eum pro derelicto haberi, et ideo, si absolutus fuerit, non liberum fieri, sed manere domini.

2) Gaius III. 189. 190. IV. 111. Gellius XX. 1. Serv. ad Verg. Aen. VIII. v. 205. Furtum capitale crimen apud maiores fuit ante poenam quadrupli: nam quae poena et civile caput tollit, capitalis recte vocatur. Plaut. Asin. III. 2. v. 23. Theoph. IV. 12. pr. Isidor. Orig. V. 26. Furtum autem capitale crimen apud maiores erat ante poenam quadrupli. Gellius VII. 15. Labeo in libro de duodecim tabulis secundo, acria et severa de furtis habita esse apud Veteres scripsit.

3) Gellius XI. 18. Decemviri . . in duodecim tabulis scripserunt, . . servos item furti manifesti prensos verberibus affici et e saxo praecipitari; sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri. — Da hiernach die Strafe des unmündigen fur manifestus keine capitale war, sondern bei ihm nur in Geisselung be-

manifestum Betroffenen abzuwenden, was hätte möglich sein müssen, wenn er das Recht der noxae datio in der That gehabt [1]). War die vorgedachte poena capitalis am mündigen Sklaven vollzogen, so erschien damit die Schadensersatzklage zugleich erledigt, weil mit dem erfolgten Tode des Sklaven jede etwaige Verantwortlichkeit seines Herrn, resp. die actio de rupitiis sarciendis noxalis gegen ihn erloschen war [2]).

---

stand, an welche sich der Ersatz des etwaigen Schadens anschloss, so gehört dieser Fall genau genommen gar nicht ins Bereich der gegenwärtigen Untersuchung. Soll aber gleichwohl wegen seines Zusammenhangs mit unserer Frage ein Wort darüber gesagt werden, so ist es dies, dass das furtum manifestum mit dem Vollzuge der Geisselung des servus impubes zunächst gesühnt war, dieser im Eigenthume seines Herrn blieb- und letzterer nunmehr mit der actio de rupitiis sarciendis, später mit der actio Legis Aquiliae [L. 23. D. de furt. (47. 2.) L. 22. pr. L. 54. §. 3. i. f. D. eod. L. 2. D. de nox. act. (9. 4.) L. 2. §. 3—5. D. de priv. del. (47. 1.) L. 27. pr. D. ad Leg. Aq. (9. 2.)] auf Schadensersatz belangt werden musste, wobei ihm aber frei stand, sich von dessen Leistung durch noxae datio des servus impubes zu befreien. L. 3. §. 4. D. de hom. lib. exh. (43. 29.) verb. vel. noxae deditum impuberem.

1) Auch die Glosse zu §. 4. I. de nox. act. (4. 8.) versteht unter der noxalen actio furti der XII Tafeln nur die actio furti nec manifesti, allein aus dem unhaltbaren Grunde, quia (nam) actio furti manifesti est praetoria. Die spätere Umwandlung der letzteren Klage in eine aufs quadruplum gehende noxale Poenalklage Gaius IV. 111. verdankt freilich dem Prätor ihr Dasein, allein um diese Umbildung späterer Zeit handelt es sich hier nicht, sondern um die auf poena capitalis gerichtete actio furti manifesti der XII Tafeln. Somit ist also die Frage, ob die Decemvirn beide actiones furti zu actiones noxales gemacht haben oder nur die actio furti nec manifesti, von der Glosse nicht gelöst, sondern umgangen.

2) Uebrigens merke man, wie sehr beim furtum manifestum im allgemeinen der Punkt des Schadensersatzes hinter dem der Strafe zurücktrat. Konnten auch furta nec manifesta vorkommen, bei denen nachträglich die res furtivae ergriffen wurden, §. 3. i. f. I. de obl. quae ex del. (4. 1.) L. 5. §. 1. D. de furt. (47. 2.), so gab es doch niemals furta manifesta, bei denen dies nicht der Fall gewesen, deprehensione fit fur manifestus. L. 7. §. 1. 2. D. eod. Gaius III. 184. Auch da, wo der überraschte Dieb geflohen, nachdem er die res furtivae weggeworfen, lag ein furtum manifestum vor. L. 7. §. 2. D. eod. — Der Bestohlene nahm die deprehendirten res furtivae kurzer Hand wieder in Besitz und damit war dann — wir reden jetzt von der Zeit, in welcher der fur manifestus nicht mehr der ihn dem Bestohlenen anheimgebenden capitalen Strafe unterlag — für letzteren die condictio furtiva erloschen. L. 10. pr. D. de cond. furt. (13. 1.) Ulp. Lib. XXXVII. ad Ed. Ita demum autem fur manifestus condictione tenebitur, si deprehensa

Ganz anders, wie vorgeschildert, verhielt sich die Sache freilich dann, wann sich der vom furtum manifestum Betroffene auf dem Wege der furti decisio den schuldigen Sklaven abtreten liess [1]) und damit auf Vollstreckung der Capitalstrafe aus freien Stücken verzichtete. Letzteres erschien deshalb möglich, weil, wenn auch das furtum manifestum nach den XII Tafeln beim Freien wie beim Sklaven zu einer Capitalstrafe führte, die letztere gleichwohl nur in Folge einer Privatklage von Seiten des

---

non fuerit a domino possessio eius. Wie aber, wenn der fur manifestus die res furtivae vernichtet, z. B. den gestohlenen Sklaven getödtet, die Vase zerbrochen, den Wein ausgegossen hatte? Hier erschien die condictio furtiva als das geeignete Mittel, um zum Ersatze des Schadens zu gelangen. L. 10. pr. D. cit. verb. Caeterum nemo furum condictione tenetur, posteaquam dominus possessionem apprehendit; et ideo Julianus, ut procedat in fure manifesto tractare de condictione, ita proponit, furem deprehensum aut occidisse aut fregisse aut effudisse id, quod interceperat. L. 3. 7. §. 2. L. 8. 14. §. 2. 3. L. 20. D. eod. — Einen mittelst der condictio furtiva zur Geltung zu bringenden Anspruch auf vollen Schadensersatz hatte der Bestohlene übrigens nur dann, wenn der fur manifestus der Beklagte selbst war. Denn würde der Herr oder Vater aus dem furtum des Sklaven oder Haussohnes mit der condictio furtiva belangt, so gieng dieselbe nur auf seine Bereicherung aus dem furtum, [L. 4. D. de cond. furt. (13. 1.) Ulp. Si servus vel filiusfamilias furtum commisserit, condicendum est domino id, quod ad eum pervenerit. L. 19. D. eod. L. 3. §. 12. D. de pec. (15. 1.) L. 30. pr. D. de act. emti (19. 1.)] und da von einer Bereicherung nach Vernichtung der res furtivae keine Rede sein konnte, so fiel unter dieser Voraussetzung besagte Klage selbstverständlich hinweg. — Waren die vom Bestohlenen in Besitz genommenen res furtivae durch den fur manifestus verdorben, beschädigt, so konnte der Schadensersatz nun nicht bei Gelegenheit der actio furti aufs quadruplum ausgeglichen werden; [L. 22. pr. D. de furt. (47. 2.) Paulus: Si quid fur fregerit aut ruperit, quod non etiam furandi causa contrectaverit, eius nomine cum eo furti agere non potest], auch erschien die condictio furtiva nicht Statthaft, weil der Bestohlene bereits im Besitze des res furtivae war, L. 10. pr. D. cit., vielmehr musste man wegen des zum furtum hinzutretenden damnum injuria datum nach Aufhebung der actio de rupitiis sarciendis zur actio Legis Aquiliae seine Zuflucht nehmen, L. 2. D. de priv. del. (47. 1.), welche mit der actio furti concurrirte, L. 2. §. 1. D. cit., indessen so, dass falls das furtum manifestum vom Sklaven begangen war, beide Klagen durch noxae datio erloschen. L. 2. §. 3. D. cit. Ulp. Sed si servus sit, qui haec (furtum et damnum injuria datum) admisit, quacunque actione noxae deditus fuerit, peremta est altera actio.

1) L. 61. §. 1. 2. 5. D. de furt. (47. 2.)

Betheiligten (legis actio privata) in Vollzug gesetzt wurde[1]), — eine Erscheinung, die sich daraus erklärt, dass das alte römische Recht im furtum durchweg keine laesio publica erkannte, sondern nur eine Schädigung des Bestohlenen, quae ad rem familiarem pertinet, und in Betreff deren es daher auf Grund der XII Tafeln den Betheiligten überlassen blieb, sich in jeder beliebigen Weise vergleichsweise auseinander zu setzen[2]).

L. 7. §. 14. D. de pact. (2. 14.) Ulp. Lib. VII. ad Ed. Et in caeteris igitur omnibus ad Edictum Praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet; nam et de furto pacisci lex (XII Tabularum) permittit.

L. 17. §. 1. D. eod. Paulus Lib. III. ad Ed. Quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur: ut injuriarum, item furti. C. 27. §. 4. D. eod.

---

1) *Huschke*, Gaius. S. 118. *v. Bethmann-Hollweg*, Der röm. Civilprocess I. §. 47. S. 169. Vgl. auch Cic. de nat. deor. III. c. 30. §. 74. inde judicium publicum rei privatae Lege Plaetoria. Id. de off. III. c. 15. §. 61. *v. Savigny*, Schutz der Minderjährigen und Lex Plaetoria, in seinen Vermischten Schriften II. S. 333. f. — Wenn *Walter*, Röm. Rechtsgesch. II. §. 793. S. 440. vom furtum manifestum sagt: „Das Vergehen war also damals capital, und es wurde unstreitig auch jeder zu dessen Verfolgung zugelassen", so ist dies eine unerwiesene Behauptung. Das furtum manifestum führte zu einem judicium publicum rei privatae, es war keine laesio publica, sondern nur eine mit öffentlicher Strafe bedrohte laesio privata und als solche nur vom Bestohlenen gerichtlich zu verfolgen, wenn er sich nicht vorher verglichen hatte. Allerdings war auch der von einem Dritten auf der That ertappte Dieb ein fur manifestus, L. 3. §. 1. L. 7. §. 3. D. de furt. (47. 25.), allein auch dieser Dritte konnte ihn nicht gerichtlich verfolgen und sich nicht mit ihm vergleichen. Wäre das Gegentheil der Fall gewesen, das Ertappen der Diebe würde durch die Aussicht auf abzupressende hohe Abfindungssummen zu einem widerlichen Gegenstande der Speculation geworden sein! — Auch *v. Wyss*, Die Haftung für fremde Schuld (S. 24), scheint beim furtum manifestum ein Einschreiten des Staates von Amtswegen anzunehmen, wenn er daselbst sagt: „Darum trat der Staat ein, und forderte ihn (den fur manifestus) zu öffentlicher Hinrichtung ab."

2) *Puchta*, Instit. I. §. 80. S. 290. 91. *Ihering*, Geist des röm. Rechts I. (Vierte Aufl.) §. 11a. S. 138. N. 46. Wenn *Luden* de furti notione p. 22. der Ansicht ist, die Geisselung und in späterer Zeit die Infamie hätte durch das pacisci cum fure nicht abgewendet werden können, so ist dies in Betreff der Infamia richtig, *Dirksen*, Tab. Heracl. p. 77., aber nicht in Bezug auf die Geisselung, die ein Theil der öffentlichen Strafe war.

L. 3. C. de furtis (8. 3.) Diocl. et Max. Post decisionem furti Leges (XII Tabularum) agi prohibent. — Vgl. L. 7. pr. D. de cond. furt. (13. 1.) L. 9. §. 2. i. f. D. de min. (4. 4.) L. 52. §. 27. L. 54. §. 5. D. de furt. (47. 2.)

Dadurch, dass sich in späterer Zeit die poena capitalis des furtum manifestum bei Freien wie bei Sklaven in eine poena pecuniaria, die poena quadrupli verwandelt hat[1]), kam selbstverständlich die actio furti manifesti in Bezug auf noxae datio

---

1) Gellius XI. 78. Sed nunc a lege illa decemviriali discessum est, nam si qui super manifesto furto jure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur. Gaius III. 118. . . sed postea improbata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est. §. 5. I. de obl. quae ex del. (4. 1.) Theoph. ad h. l. Gaius IV. 110. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris jurisdictione proficiscitur, perpetuo datur et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit. Vgl. L. 25. §. 1 D. de poen. (48. 19.) Mod. Non potest quis sic damnari, ut de saxo praecipitetur. — Dass die actio furti manifesti aufs quadruplum eine der frühesten vom Praetor herstammenden Klagen gewesen, darüber dürfte kein begründeter Zweifel herrschen, vgl. *Puchta*, Instit. I. §. 80. S. 290, dagegen ist es aus Plautus Curcul. V. 2. v. 21. 22. unerweislich, dass dieser Dichter, der a. u. 570 (184 v. Chr.) gestorben, [der Curculio soll nach *Teuffel*, Röm. Lit.-G. §. 85. S. 115. bald nach 561 verfasst sein] gedachte praetorische Klage bereits gekannt hat. Es soll dies aus den Worten: quam ego pecuniam quadruplicem abs te et lenone auferam folgen. Vgl. Schrader ad §. 5. I. de obl. q. ex del. (4. 1.). *Rein*, Criminalr. S. 311., Privatrecht der Römer S. 739. Allein dem ist deshalb nicht also, weil es sich im Corculio gar nicht um ein furtum manifestum handelt. Phädromus liebt die beim leno Cappadox befindliche Planesium: Therapontigorus, ein Soldat, kauft sie von diesem, lässt sie aber noch bei ihm, da er den in 30 Minen bestehenden Kaufpreis beim Banquier Lycus deponirt hatte. Phädromus, der dies erfährt, benutzt nun, von dem Soldaten eingeladen, dessen Trunkenheit, um ihm einen Siegelring zu entwenden, und mit diesem einen in seinem Namen an besagten Banquier geschriebenen Brief zuzusiegeln, worin gebeten wird, die deponirte Summe an den in das Sachverhältniss eingeweihten Kuppler auszuzahlen, was denn auch geschieht. Darnach handelt es sich hier um ein mit Hülfe des letzteren ausgeführtes furtum nec manifestum des Phädromus, und die obige Aeusserung des Plautus erklärt sich daraus, dass die actio furti nec manifesti aufs duplum gegen den Phädromus als fur und gegen den leno als seinen Gehülfen auf ebensoviel geht, und Therapontigorus also mit Grund sagen konnte: pecuniam quadruplicem abs te (Phaedromo) et lenone auferam. Cf. Gellius N. A. VII. 15. L. 36. 50. §. 1. L. 90. §. 1. D. de furt. (47. 2.) Gaius III. 202.

der schon seit den XII Tafeln noxalen actio furti nec manifesti gleich[1]), ja man darf wohl annehmen, dass von nun an bei ersterer noch häufiger von der facultas noxae dedendae Gebrauch gemacht worden ist, als bei letzterer, weil der Betrag des zu entrichtenden Vierfachen leicht den Werth des Sklaven gar sehr überstiegen haben dürfte[2]).

Die Schlussphase in der für uns hier interessanten Entwickelung der Lehre von dem römischen furtum gehört dem classischen Rechte an, indem uns Ulpian berichtet, wie es zu seiner Zeit gewöhnlich gewesen sei, dasselbe als crimen extraordinarium zu behandeln und auf Grund dessen öffentliche Strafe zu beantragen. So oft bei dem von einem Sklaven begangenen furtum dieser Weg vom Bestohlenen eingeschlagen wurde, fiel selbstverständlich das Recht der noxae datio sowohl beim furtum manifestum als nec manifestum hinweg. Wurde dagegen auf Grund des jus ordinarium mit der actio furti manifesti vel nec manifesti pecuniariter geklagt, was trotz der vorgedachten abweichenden Praxis immerhin noch gestattet blieb, so stand der noxae datio wie in früherer Zeit nichts entgegen[4]) und Fälle der Art haben unsere justinianischen Quellen im Auge, wenn sie, was so häufig geschieht, von der noxae datio beim furtum handeln.

---

1) Arg. §. 5. I. de obl. quae ex del. (4. 1.) Theoph. ad h. l. L. 46. §. 2. D. de furt. (47. 2.)

2) Vgl. L. 16. pr. D. de pec. leg. (33. 8.) (verb. etiam si noxae dare expedisset) mit L. 39. pr. D. de her. pet. (5. 3.) Gaius: servorum gratia litis aestimatio solvitur, quum id utilius sit, quam ipsos dedi.

3) L. 92. D. de furt. (47. 2.) Ulp. Meminisse oportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi et eum, qui agit in crimen subscribere: non quasi publicum sit judicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere. — L. 3. D. de del. priv. (47. 1.) Ulp. Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exequi, si quidem pecuniariter agere velit, ad jus ordinarium remittendus erit nec cogendus erit in crimen subscribere; enim vero si extra ordinem eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum crimen oportebit. L. 3. D. ad S. C. Turpill. (48. 16).

4) L. 3. C. de nox. act. (3. 41.) Diocl. et Max. Sive servum plagii paras accusare solemniter, praesidem provinciae adiri non prohiberis, sive dominum eius sollicitati servi noxali judicio vel furti malueris convenire, suam tibi notionem praeses provincia accommodabit, non ignorans, quod, si dominum elegeris et eo non consentiente, quod intendis, commissum probaveris vel noxae dedendae vel damni sarciendi ac poenae praestandae habeat facultatem.

Fünfte Abhandlung.

Von der actio noxalis und der actio in solidum gegen den Herrn bei Privatdelicten seines Sklaven.

Vorwort.

Von dem mit Vermehrung der Sklaven wachsenden Bedürfnisse des Rechtsschutzes gegen ihre Delicte.

Um die Wichtigkeit des Schutzes der römisch-bürgerlichen Gesellschaft gegen die der Rechtssicherheit durch Gesetzesübertretungen der Sklaven drohende Gefahr vollauf zu würdigen [1]), darf man nicht aus dem Auge verlieren, wie bereits zur Zeit der Republik, geschweige zur Kaiserzeit, deren Zahl im römischen Reiche zu einer wahren, die verschiedensten nationalen Elemente in sich schliessenden Unmasse [2]), zu einem förmlichen Heere [3]) an-

1) Vgl. Cic. pro Tull. §. 8. Quum multae familiae dicerentur in agris longinquis et pascuis armatae esse caedesque facere, quumque ea consuetudo non solum ad res privatorum, sed ad summam rem publicam pertinere videretur, M. Lucullus .. primus hoc judicium (vi bonorum raptorum) composuit et id spectavit, ut homines ita familias suas continerent, ut non modo armati damnum nemini darent, verum etiam lacessiti jure se potius, quam armis defenderent; .. existimavit, apud maiores nostros quum et res et cupiditates minores essent et familiae non magnae magno metu continerentur, ... nihil opus fuisse judicio de vi coactis armatisve hominibus; .. §. 10. his vero temporibus, quum ex bello diuturno et domestico res in eam consuetudinem venisset, ut homines minore religione armis uterentur, necesse putavit et in universam familiam judicium dare, etc.

2) Tac. Annal. XIV. 44. Suspecta maioribus nostris fuere ingenia servorum, etiam cum in agris aut domibus iisdem nascerentur caritatemque dominorum statim acciperent. Postquam vero nationes in familiis habemus, quibus diversi ritus, externa sacra, aut nulla sunt, colluviem istam non nisi metu coërcueris.

3) Sen. de tranquil. 8. Numerus illi Demetrio Pompeiano quotidie servorum velut imperatori exercitus referebatur.

gewachsen war. Während der alte Römer sich an zwei, drei, höchstens fünf Sklaven genügen liess [1]), führte allmälig die Betreibung des Ackerbaues durch solche, ihre Verwendung zu industriellen Zwecken und der rasch zunehmende Luxus [2]) dahin, dass Römer im Besitze von mehreren tausend Sklaven nicht einmal eine Seltenheit waren [3]). Wurde für die Ackerwirthschaft, die

---

1) Juven. 14, 168. unus vernula (Haussklave), tres domini. Val. Max. IV. 4. c. 11. verb. paucos servos . . cernimus. Nach Apulejus de magia liber c. 17. führte Manius Curius im Samniterkriege nur zwei, der alte Cato in Spanien nur drei Sklaven mit sich, nach Athenaeus VI. 105. Scipio Africanus deren fünf, Caesar in Britannien deren drei. *Becker-Marquardt*, Röm. Privatalterthümer. V. S. 141. Note 36.

2) Der Sklavenluxus datirt von den Eroberungen Karthagos und Korinths, in Folge deren grosse Schätze und Massen von Gefangenen nach Rom übergeführt wurden. Strabo XIV. p. 668: *Πλούσιοι γενόμενοι Ῥωμαῖοι μετὰ τὴν Καρχηδόνος καὶ Κορίνθου κατασκευὴν οἰκετείαις ἐχρῶντο πολλαῖς.* — Selbst Horaz (Sat. I. 3. 12.) fordert, um behaglich leben zu können, wenigstens zehn Sklaven, (habebat saepe ducentos, saepe decem servos), und hält es (Sat. I. 6. 10.) für nicht schicklich, dass das Gefolge des Prätor Tullius von der tiburtinischen Villa nach Rom nur aus fünf Sklaven bestand. Auch Cicero gedenkt ganzer Schaaren von Sklaven, die das Gefolge ihrer Herren auf Reisen bildeten. So spricht er pro Mil. c. 10. von muliebri et delicato ancillarum puerorumque comitatu. Im 20. Capitel lesen wir: Milo . . pueros symphoniacos uxoris ducebat et ancillarum greges, und ad Atticum VI. 1. §. 22. heisst es: Hic Vedius venit mihi obviam cum . . familia magna. — Asconius zur Or. pro Mil. p. 32. ed. Or. Vehebatur Clodius equo, servi triginta fere expediti, ut illo tempore mos erat iter facientibus, sequebantur. Von Milo heisst es daselbst: Milo reda vehebatur cum uxore. Sequebatur eos magnum servorum agmen, inter quos gladiatores quoque erant. Tac. Ann. XIV. c. 43. Quem numerus servorum tuebitur, cum Pedianum Secundum quadringenti non protexerint? III. 53. Quid enim primum prohibere et priscum ad morem recedere adgrediar? familiarum numerum et nationes?

3) Plin. Hist. nat. XXXIII. 10. C. Caecilius Claudius Isidorus testamento suo edixit, (a. u. 744.), quamvis multa civili bello perdidisset, tamen relinquere servorum quatuor millia centum sedecim. Athenäus (VI. 7.) sagt, zehntausend und zwanzigtausend Sklaven seien bei den Römern keine Seltenheit gewesen, und dabei hätten sie dieselben (in der Regel) nicht einmal wie die Griechen zum Erwerbe benutzt, sondern meistens nur zum Prunke als ihre Begleiter. L. 15. §. 16. D. de injur. (47. 10.) *Becker*, Gallus II. S. 131. *Becker-Marquardt*, a. a. O. S. 153. Von Ignatius Rufus erzählt Vellejus Paterculus (II? 91.), dass er als Aedil, um die Gunst des Volkes dadurch zu erwerben, aus seinen eigenen Sklaven (privata familia) ein Feuerwehrcorps errichtet habe, um unentgeltlich bei Feuersbrünsten damit

Viehzucht und die Fabrikgeschäfte auf dem Lande die zahlreiche familia rustica verwendet, so hatte die familia urbana die Aufgabe den mannigfachen hochgesteigerten Bedürfnissen des Hauses in der Stadt Genüge zu verschaffen [1]). Und dabei gefiel sich die Eitelkeit, Prunksucht und Prachtliebe begüterter Römer darin, ihren Reichthum an Sklaven durch eine möglichst minutiöse Vertheilung der von jedem Einzelnen tagtäglich zu leistenden unbedeutenden Dienste zu Tage treten zu lassen [2]), sowie durch eine wahre Schaustellung von Sklaven des verschiedensten Alters, der verschiedensten Race und Farbe bei der Tafel zu glänzen [3]). — Je gewaltiger sich hiernach die Zahl der Sklaven im römischen Staat vermehrte, und je häufiger damit, zumal bei den zu Ende der Republik gar sehr verwilderten Sitten Excesse von der Seite, theils mit, theils ohne Wissen oder Geheiss der Herren vorkamen, desto unentbehrlicher erschienen rechtliche Schutzmittel gegen die überhandnehmenden Gesetzwidrigkeiten

zu helfen. — Bei dieser Unmasse von Sklaven begreift man, dass sie mitunter, auch ausserhalb der domus Augusta, in Decurien unter Decurionen zerfallend, förmlich collegialisch organisirt waren. Colum. I. 9. 7. Plin. Ep. VIII. 16. 2. nam servis res publica quaedam et quasi civitas domus est. Vgl. Mommsen de coll. p. 162. — Wenn bei Petron. 47. Trimalchio einen Sklaven fragt, ex quota decuria es? und dieser antwortet: e quadragesima, so braucht man darin unter besagten Verhältnissen noch keineswegs mit *Becker*, a. a. O. S. 113. eine lächerliche Uebertreibung zu finden, ebenso kann es recht wohl der Fall gewesen sein, dass der Herr nicht den zehnten Theil seiner Sklaven gekannt hat, Petron. 87, und dass an Einem Tage Einem Sklavenbesitzer 30 Knaben und 40 Mädchen geboren wurden, Petron. 53, zumal da man die Fortpflanzung der Sklaven aus dem Grunde gar sehr begünstigte, weil die zu Hause geborenen Sklaven (vernae) besonders geschätzt waren. Tac. Ann. XIV. 44. *Becker-Marquardt*, a. a. O. S. 173.

1) L. 99. pr. D. de leg. III. (32.) L. 12. §. 42. D. de instructo etc. (33. 7.) *Becker-Marquardt*, a. a. O. S. 142.

2) L. 15. §. 44. D. de injur. (47. 10.) — Nicht einmal der heutige Orient reicht auch nur entfernt an die hier einschlagenden Zustände der Kaiserzeit. *Becker*, Gallus. II. S. 114—140. *Marquardt*, Römische Alterthümer. V. 1. S. 141. *Friedländer*, Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine. III. S. 87—91. „Der Sklavenluxus." Aber auch schon Cicero (in Pis. c. 27. §. 67.) sucht Pisos heruntergekommenes Hauswesen als solches durch das Factum darzuthun, dass ein Sklave mehrere häusliche Geschäfte darin besorge. Nihil apud hunc lautum, nihil elegans: — servi sordidi ministrant, nonnulli etiam senes: idem coquus, idem atriensis.

3) *Friedländer*, a. a. O. III. S. 90.

der Sklaven[1]), von denen Festus (O. M. p. 261.) sagen durfte: Quot servi tot hostes, in proverbio est. Für Verbrechen und Polizeivergehen waren solche Schutzmittel schon darin geboten, dass die derselben Schuldigen gerade so wie die Freien von öffentlicher Strafe getroffen wurden, nur dass dieselbe noch strenger war[2]). Nicht so günstig lag dagegen von Anfang an die Sache in Bezug auf die von Sklaven an Dritten begangenen Privatdelicte, für welche die den dominus conscius gleich dem dominus nescius nur noxaliter haften lassende Bestimmung der XII Tafeln[3]) sich offenbar sehr bald als unzureichend herausstellen musste. Denn war der delinquirende Sklave gestorben, ins Ausland verkauft, verschenkt[4]), oder seinem Herrn entlaufen, so stand der Verletzte, trotzdem dass für ihn der durch seine Mitwissenschaft in das Delict seines Sklaven mitverflochtene frühere Herr sehr wohl erreichbar war, dennoch rechtlos da. Und dies ist denn auch gerade der Punkt, bezüglich dessen die Legislation auf dem Gebiete der Noxalhaft des Herrn zunächst die bessernde Hand angelegt[5]) und damit den Weg zu einer so glücklichen Fortentwickelung desselben von Seiten des praetorischen Rechts sowie der römischen Jurisprudenz eröffnet hat, dass man die Lehre von den Noxalklagen, wie auch die nachstehende Darstellung beitragsweise bestätigen dürfte, zu den durchdachtesten und ausgebildetsten Parthien des römischen Privatrechts zu zählen berechtigt erscheint.

---

1) Vgl. oben auf S. 129. Note 1. die Schilderung Ciceros in der Rede pro Tullio §. 8 bis 12. Siehe auch Liv. XXX. 9. 29. L. 12. pr. §. 1. 2. D. de public. (39. 4.) Huschke, Analecta p. 110.

2) L. 28. §. 16. D. de poen. (48. 19.) Callistr. Majores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos punierunt. L. 1. §. 1. L. A. 10. pr. L. 11. D. eod. L. 5. 12. §. 4. D. de accus. (48. 2.) Venul. Saturn. Omnibus autem legibus servi rei fiunt.

3) L. 2. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. verb. nam in lege antiqua (XII Tab.) si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxiam commisit, servi nomine actio est noxalis, nec dominus suo nomine tenetur.

4) Dass gegen den dominus, qui dolo malo fecit, quominus servus in potestate haberet, ex servi delicto geklagt werden konnte, L. 24. D. de nox. (9. 4.), gehört erst späteren Zeiten an.

5) L. 2. §. 1. D. cit. Celsus tamen differentiam facit inter Legem Aquiliam et Legem XII Tabularum; nam in lege antiqua etc. (siehe die vorletzte Note), at in Lege Aquilia, inquit, dominus (si servus eo sciente furtum fecit vel aliam noxiam commisit), suo nomine tenetur, non servi.

Erste Abtheilung.

Die actio ex servi delicto in solidum und noxalis demselben Beklagten gegenüber.

§. 1.

Von dem an den Sklaven ertheilten Befehle ein Privatdelict zu begehen, im Gegensatze zu der blossen Mitwissenschaft des Herrn. — Exegese der L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.)

L. 2. §. 1. D. cit. Ulp. Lib. XVIII. ad Edictum. Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim, si eo tempore, dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino jubenti obtemperavit. Et sane si jussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur; non servi. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit periturus, si non fecisset. Sed si placeat, quod Julianus libro octogesimo sexto scribit, „si servus furtum faxit noxiamve nocuit", etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici, etiam servi nomine cum domino agi posse noxali judicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Julianum probavimus; quae sententia habet rationem et a Marcello apud Julianum probatur.

Dass der Herr aus dem vom Sklaven ohne sein Wissen begangenen Privatdelict mit der actio noxalis nur dann belangt werden konnte, wenn er im Moment der Litiscontestation noch das Eigenthum hatte, und im Falle des Uebergangs des letzteren auf einen anderen die actio ex servi delicto gegen den späteren dominus als actio noxalis, wider den freigewordenen Sklaven selbst aber als actio directa zu richten war, darüber hat weder die römische Legislation noch die römische Jurisprudenz jemals

geschwankt [1]), wohl aber der vorstehenden L. 2. §. 1. D. cit. zufolge in Betreff der Frage, wie es zu halten sei, wenn das Sklavendelict mit Wissen des Herrn vollbracht worden war? Wie uns in obigen Worten Ulpian berichtet, hatte Celsus den Fall des ausdrücklichen Befehls des Herrn an seinen Sklaven ein Delict zu begehen und den der blossen Connivenz bei einem solchen in Wirkungen auf dieselbe Linie gestellt [2]), indem er dort wie hier lediglich den Herrn unter Ertheilung der actio in solidum gegen ihn ex delicto obligirt sein und auch nach beendigter dominica potestas obligirt bleiben liess, den Sklaven dagegen ganz und gar exculpirt haben wollte, weil er davon ausgieng, nicht nur der auf directen Befehl seines Herrn handelnde Sklave, sondern auch der mit dessen stillschweigender Genehmigung ein Delict begehende vollziehe den Willen des Herrn, und indem er dies thue, begehe er kein Delict, lade er keine obligatio ex delicto auf sich; servum nihil deliquisse, si domino jubenti obtemperaverit. — Nur eine Folge dieser Ansicht des Celsus, falls sie durchgedrungen wäre, würde dann gewesen sein, dass, wenn der auf Befehl oder unter blosser Connivenz seines Herrn delinquirende Sklave veräussert oder manumittirt worden wäre, der Satz: noxa sequitur caput in gleicher Weise ausser Anwendung hätte bleiben müssen, und demgemäss weder gegen den späteren Herrn die actio noxalis, noch nach erlangter Freiheit wider den Sklaven selbst die actio directa hätte angestellt werden können [3]).

---

1) §. 5. I. de nox. act. (4. 8.) Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio, si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; at si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, et extinguitur noxae deditio. Gaius IV. 77. Paulus S. R. II. 31. 8. L. 6. 7. pr. L. 12. 20. 42. pr. D. de nox. act. (9. 4.) L. 14. D. quod vi aut clam (43. 24.) L. 1. §. 2. D. de priv. del. (47. 1.) L. 4. C. an servus ex suo facto etc. (4. 16.)

2) Vgl. auch L. Ann. Seneca, Troades Act. III. v. 294. 295. In me culpa cunctorum redit: Qui non vetat peccare, cum possit, jubet. Salvianus (Massiliensis ecclesiae presbyter aus dem fünften Jahrhundert) de providentia 7. In cuius manu est, ut prohibeat, jubet agi; si non prohibeat, admitti. L. 13. §. 1. D. de his qui not. inf. (3. 2.) Ulp. certe qui filium vel filiam constituere patitur, quodammodo ipse videtur constituisse.

3) L. 2. D. cit. verb. in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem, vel manumissus, noxam caput non sequi; nam servum nihil deliquisse, si dominus jubenti obtemperaverit.

Dieser Ansicht des Celsus tritt nun aber Ulpian als einer nicht zu rechtfertigenden entgegen, indem er, die beiden obigen Fälle unterscheidend, jene Auffassung mit allen ihren Consequenzen nur im Falle eines stricten Befehls zur Ausübung eines Delictes als richtig anerkennt, weil nur unter dieser Voraussetzung keine obligatio ex delicto für den delinquirenden Sklaven entstehe. Aliud est enim, sagt er in L. 3. D. de nox. act. (9. 4.), auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere [1]). Und selbst dieses Ergebniss unterlag noch der weiteren Restriction, dass der Befehl des Herrn, um den ihm Folge leistenden Sklaven schuldlos erscheinen zu lassen, nicht auf Begehung schwerer Widerrechtlichkeiten (atrocia facinora, scelera) gerichtet sein durfte, weil in Fällen der Art der Gehorsam für strafbar galt, und in Folge dessen der Sklave sowohl als der den Befehl gebende Herr für die vollbrachte That zugleich verantwortlich waren [2]).

---

1) L. 4. D. de R. J. Ulp. Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. L. 169. eod. Paulus: Eum damnum dare videtur, qui jubet dare; eius vero nullam culpam esse, cui parere necesse est. L. 157. pr. L. 167. §. 1. D. L. 169. pr. D. de R. J. L. 10. §. 3. D. de Lege Corn. (48. 10.) Callistr. verb. nam servos, quum dominis suis parent, necessitate potestatis excusari. L. 37. pr. D. ad Leg. Aq. (9. 2.) L. 11. §. 7. D. quod vi aut clam (43. 24.) L. 11. §. 4. D. de his qui not. (3. 2.) L. 1. §. 12. 15. D. de vi (43. 16.) L. 4. C. ad Leg. Jul. de ad. (9. 9.) *Mandry*, Das gemeine Familiengüterrecht. 1871. I. §. 39. S. 352. — Für den durch das Privatdelict eines Sklaven Verletzten stellte sich im Resultate der Fall der blossen Connivenz des Herrn günstiger, als der eines directen den Sklaven exculpirenden Befehls, weil dort in Folge der späteren Entwickelung der Sklave wie der Herr obligirt erschien, und daher der Satz: noxa sequitur caput volle Anwendung fand, während hier nur der Herr obligirt war, dessen Erbe nicht haftete, arg. L. 5. §. 1. i. f. D. de nox. act. (9. 4.) Schon deshalb wird also der Verletzte seine Klage lieber unter Berufung auf die conscientia, als auf den jussus domini angestellt haben. Ueberdies dürfte auch in den meisten Fällen der Beweis der Mitwissenschaft leichter als der eines ausdrücklichen Befehls zu erbringen gewesen sein.

2) L. 21. §. 1. D. de act. rer. amot. (25. 2.) Paulus Lib. 37. ad Ed. Servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat. L. 157. D. de R. J. Ulp. lib. 70 ad Ed. Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis, si vel dominis vel his, qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus obtemperaverint. L. 11. §. 7. D. quod vi aut clam (43. 24.) L. 17. §. 7. D. de injur. (47. 10.) Ulp. Lib. 57 ad Ed. Si jussu domini servus injuriam fecerit, utique dominus conveniri

Welche Widerrechtlichkeiten in den Augen des Römers einen so graven Charakter hatten, dass sie den Sklaven von der Pflicht des Gehorsams gegen seinen Herrn zu entbinden im Stande waren, darüber sprechen sich unsere Quellen nicht im allgemeinen aus.

Darum ist aber doch nicht weniger gewiss, dass mit fortschreitender Ausbildung des römischen Rechts der Kreis der hierhergehörigen Handlungen sich unter Vermittelung der Jurisprudenz über das Gebiet der öffentlichen Verbrechen hinaus stetig erweitert hat, indem in denselben auch Privatdelicte Aufnahme gefunden haben, so namentlich gegen Ende der Republik durch Alfenus Varus, Catus genannt, aus Cremona, den Schüler des Servius Sulpicius Rufus [1]), das furtum und die auf ein maleficium hinauskommende vis [2]), durch Labeo die

---

potest etiam suo nomine. Sed si proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem, quia et noxa caput sequitur; nec in omnia servus domino parere debet. Cf. Seneca de benef. III. 20. Non aut nos omnia jubere possumus, aut in omni servi parere coguntur. Contra rempublicam imperata non facient, nulli sceleri manus accomodabunt. — L. 5. C. de accus. (9. 2.)

1) L. 2. §. 44. D. de injur. (1. 2.) Pomp. Ex his (Servii) auditoribus plurimum auctoritatis habuit Alfenus Varus: . . ex quibus Varus et consul fuit, (suff. a. u. 715. *Teuffel*, Geschichte der röm. Litt. §. 195. 2.) Gellius VI. 5. Alfenus jureconsultus, Servii Sulpicii discipulus . . in libro Digestorum trigesimo et quarto, Conjectaneorum autem secundo inquit . . etc. Acron ad Hor. Sermon. I. Satyr. 3. v. 130. Serv. ad Verg. Ecl. IX. v. 35. Vgl. *Otto*, Everh., P. Alfenus Varus ab injuriis veterum et recent. liberatus, im Thes. V. p. 1631—1688. *Neuber*, Die juristischen Classiker. „Publius Alfenus Varus." S. 93—109. *Zimmern*, Röm. R. G. I. 1. §. 79. S. 295. *Rudorff*, Röm. R. G. I. §. 65. S. 164 f.

2) L. 20. D. de O. et A. (44. 7.) Alfenus libr. II. Dig. Servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere servum jussisset. Quare quamvis domini jussu servus piraticam fecisses, judicium in eum post libertatem reddi oportet. Et quodcunque vi fecisset, quae vis a maleficio non abesset, ita oportet poenas eum pendere. Sed si aliqua rixa ex litibus et contentione nata esset, aut aliqua vis juris retinendi causa facta esset, et ab his rebus facinus abesset, tum non convenit Praetorem, quod servus jussu domini fecisset, de ea re in liberum judicium dare. Cf. L. 1. §. 5. D. de vi (43. 16.) Mit Unrecht macht *Rein*, Das Criminalrecht der Römer. S. 193. aus den Worten des Gellius XI. 18. i. f. (quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo,

Injurien [1]). Nur wegen der auf Befehl seines Herrn an einem Anderen verübten Vermögensschädigung oder einfachen Besitzentsetzung blieb der Sklave bis ins neueste Recht ohne eigene Verantwortung [2]).

§. 2. Fortsetzung.

Von der Mitwissenschaft des Herrn beim Privatdelict seines Sklaven im Gegensatze seiner ignorantia. — Sich widersprechende Bestimmungen der XII Tafeln und der Lex Aquilia. — Vereinigung beider durch die Jurisprudenz der classischen Zeit.

Wie verhält sich nun aber, fragt Ulpian in L. 2. D. cit. weiter, die Sache, wenn der Sklave zwar aus eignem Antrieb und Entschluss, aber unter stillschweigender Duldung des Herrn das Delict begangen hatte? Si autem (dominus) non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? — Wie Celsus bezeugt, bestand in Bezug darauf ein Widerspruch zwischen den XII Tafeln und der Lex Aquilia [3]). Während das Zwölftafelgesetz, si servus

---

uti furtum faceret, imperavit) den Schluss, dass nur der das furtum befehlende Herr, nicht auch der Sklave strafbar gewesen sei.

1) L. 17. §. 7. D. de injur. (47. 10.) Ulp. lib. 57. ad Ed. Si jussu domini servus injuriam fecerit, utique dominus convenire potuit etiam suo nomine. Sed si proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem, quia et noxa caput sequitur, nec in omnia servus domino parere debet.

2) L. 169. D. de R. J. Paulus Lib. 2. ad Plautium: Is damnum dat, qui jubet dare, eius vero nulla culpa est, cui parere necesse est. Cf. L. 37. D. ad Leg. Aq. (9. 2.) L. 167. §. 1. D. de R. J. L. 1. §. 12. D. de vi (43. 16.) Ulp. Dejecisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel jussit ut aliquis dejeceretur etc.

3) *Hasse*, Culpa. Zweite Auflage v. Bethmann-Hollweg. 1838. S. 18 f. sagt: „Celsus war hier der irrigen Ansicht, dass die XII Tafeln und die L. Aquilia von ganz verschiedenen Gesichtspunkten ausgiengen, indem diese den Sklaven entschuldigte, jene nicht. War dies wahr, so müsste natürlich die L. Aquilia als das spätere Gesetz vorgehen, und man dürfte nicht einmal die clausula derogatoria erst noch in Anspruch nehmen. Allein Celsus hatte hier immer den Fall vor Augen, da der Herr befohlen hatte, dagegen war nach den Worten der zwölf Tafeln nur von dem die Rede, da der Herr es gewusst und nur nicht verboten hatte. Also war eigentlich hier kein Widerspruch zwischen den beiden Gesetzen.“ Diese Hasse'sche Auffassung der L. 2. act. ist entschieden unrichtig. Nachdem Ulpian dem Celsus darin, dass er den dominus qui non prohibuit mit dem dominus qui jussit auf Eine Linie gestellt, widersprochen hat, fasst er den connivi-

sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine eine actio noxalis wider den Herrn ertheilte, die den Sklaven als den allein Schuldigen ansah und behandelte, den Herrn dagegen suo nomine ausser Verantwortung erklärte, und folgeweise, nachdem er das Eigenthum an dem Sklaven verloren, oder der letztere freigelassen worden, die Klage wider ihn, den gewesenen Herrn, versagt blieb, dagegen als actio noxalis gegen den jetzigen dominus, als actio directa gegen den freigewordenen Sklaven gerichtet werden konnte, liess die Lex Aquilia gerade umgekehrt den dominus conscius mit der actio in solidum suo nomine haften, folglich auch noch, nachdem er sein Eigenthum am Sklaven verloren, oder derselbe freigeworden oder gestorben war, während die actio noxalis servi nomine gegen ihn und die actio directa gegen den servus manumissus nicht Statt hatte [1]).

Fragt man, welchen Einfluss diese letztere Neuerung der Lex Aquilia auf den bis dahin in Geltung gewesenen Rechtszustand der XII Tafeln gehabt haben muss, so hat man sich zunächst zu vergegenwärtigen, dass es bis dahin nur zwei Privatdelicte gegeben hatte, bei denen, wenn sie vom Sklaven begangen, die noxae datio zur Anwendung kam [2]), das furtum nec mani-

---

renden Herrn ausschliesslich ins Auge, (si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus?), indem er unmittelbar nach diesen Worten, also doch sichtlich nur in Bezug auf den dominus, qui non prohibuit, die von Celsus hervorgehobene differentia inter Legem Aquiliam et Legem duodecim tabularum referirt. Der Vorwurf, dass Celsus lediglich den Fall des ergangenen Befehles zur Vollbringung des Verbrechens im Auge gehabt habe, ist somit nicht begründet. Vielmehr constatirt er gerade umgekehrt ausdrücklich die Thatsache der entgegengesetzten Behandlung des dominus, qui non prohibuit nach den beiderlei Gesetzen, indem er die vermeintlichen Gründe dieser Erscheinung näher darlegt. — Die richtige Auffassung findet sich bei *Huschke*, Analecta litt. p. 113. *Unterholzner*, Forderungsrechte. I. §. 208. S. 44. N. e. 2.

1) L. 5. §. 1. L. 6. D. de nox. act. (9. 4.)

2) *Bachofen*, Das römische Pfandrecht. S. 397. N. 3. versteht in den Worten der XII Tafeln: si servus furtum faxit noxamque nocuit. L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) [Man lese noxiamve nocuit. Festus ed. O. Müller. p. 174. Huschke, Jurispr. Antej. p. 27.] unter noxia jedes Vergehen überhaupt und findet daher in obiger Stelle eine nicht zu bezweifelnde generalis clausula, wornach bereits den XII Tafeln zufolge sämmtliche Vergehen noxalen Charakter gehabt hätten. Das furtum sei bloss seiner Bedeutung wegen besonders hervorgehoben und späterhin seien einzelne Delicte durch das prätorische Edict für noxal erklärt worden. —

festum [1]) und die noxiae s. rupititiae [2]) (Vermögensschädigungen),

Auch *C. O. Müller*, Institutionen. §. 137. N. 8. nimmt eine allgemeine Bestimmung der XII Tafeln an, „derzufolge im Laufe der Zeit theils legibus, theils edicto praetoris die actiones noxales noch besonders für einzelne Delicte individualisirt wurden." — Vgl. auch noch *Schrader* ad §. 4. I. de nox. act. (4. 8.) — Die vorstehende Anschauung widerspricht aber vor Allem der ältesten Bedeutung von noxia, in der dieses Wort Schaden, damnum, bezeichnet. Festus s. v. Noxia (p. 174.) Noxia, ut Ser. Sulpicius Rufus ait, in XII damnum significat. Paul. Diac. p. 175: Noxia apud antiquos damnum significabat. Vgl. *M. Voigt*, Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung u. s. w. bezeichnender . . Ausdrücke. S. 126. 127. und die daselbst befindlichen weiteren Citate. Die synonyme Bedeutung von noxia und delictum gehört erst späterer Zeit, nach *Voigt* dem Ausgange des fünften Jahrhunderts d. St., an, L. 238. §. 3. D. de V. S. (50. 16.) Gaius: noxiae appellatione omne delictum continetur. L. 1. §. 1. D. si quadr. (9. 1.) Ulp. Noxia autem est ipsum delictum. §. 1. I. de nox. act. (4. 8.) *Voigt*, a. a. O. S. 128. 128. — Aber auch abgesehen von der ältesten Bedeutung von noxia spricht gegen obige Auffassung die ganze Darstellungsweise der Quellen: Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto: legibus velut furti lege XII tabularum, damni injuria lege Aquilia; edicto praetoris, velut injuriarum et vi bonorum raptorum. Gaius IV. 76. §. 4. I. de nox. act. (4. 8.) Wenn die noxae datio bereits durch die XII Tafeln, also legibus, ganz generell eingeführt gewesen wäre, wie hätte da Gaius in dem durch aut-aut scharf ausgesprochenen, sich wechselseitig ausschliessenden Gegensatze von solchen Noxalfällen, die entweder durch die Gesetze oder durch das Edict des Prätors eingeführt seien, habe reden und das furtum allein als das durch Gesetz noxal gewordene hervorheben können? Selbst das Wörtchen veluti steht unseren Gegnern nicht zur Seite, da dies bekanntlich wiederholt nicht „zum Beispiel", sondern soviel als: „nämlich" bezeichnet. [L. 1. §. 2. D. de superf. (43. 18.) verb. tuetur Praetor eum, qui superficiem petit, veluti Uti possidetis interdicto. L. 20. D. de serv. (8. 1.) verb. ideoque est interdicta veluti possessoria constituta sunt. Ulp. Fragm. XIX. 1. verb. mancipi res sunt . . jura praediorum rusticorum, veluti via, iter, actus aquaeductus, non item . . quadrupedes, quae collo dorsove domantur, veluti boves, muli, equi, asini, vgl. m. Gaius I. 120. animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini.] — Dass Gaius nur das furtum als durch die XII Tafeln noxal gewordenes Privatdelict hervorhebt, und nicht auch die noxia, erklärt sich daraus, dass inzwischen an deren Stelle durch die Lex Aquilia das damnum injuria getreten ist, das er daher auch statt deren sofort hervorhebt.

1) Darüber, dass beim furtum manifestum eines Sklaven sein Herr gegen den Willen des davon Betroffenen keinen Anspruch auf noxae datio hatte, vgl. des Verf. Abhandlung IV. a. E.

2) Vgl. *C. Sell*, Die actio de rupitiis sarciendis der XII Tafeln und ihre Aufhebung durch die Lex Aquilia. 1877. §§. 1—4.

und weiter, dass in Bezug auf letztere sowohl den XII Tafeln als allen späteren Schadenersatzbestimmungen, insofern sie genereller Natur waren [1]), durch das besagte Plebiscit die Lex Aquilia laut L. 1. D. ad leg. Aq. (9. 2.) derogirt worden ist [2]). Denn als Folge hiervon erscheint, dass von jetzt an im Falle der durch einen Sklaven sciente domino verübten rupitiae s. noxiae nicht mehr wie bisher auf Grund der XII Tafeln mit der actio de rupitiis sarciendis [3]) noxalis s. actio si servus noxiam nocuisse dicetur [4]), wider den Herrn servi nomine cum noxae datione geklagt werden konnte, sondern vielmehr ob damnum injuria datum aus dem Aquilischen Gesetz mit der actio Legis Aquiliae in solidum suo nomine gegen ihn vorgeschritten werden musste. — An den Bestimmungen der XII Tafeln in Betreff der actio furti nec manifesti konnte dieses nur von unmittelbaren Schadenszufügungen (damnum corpore corpori datum) handelnde Aquilische Gesetz natürlich nichts ändern [5]) und damit war denn die von Celsus in L. 2. D. cit.

---

1) Diese Limitation ist deshalb nöthig, weil sich in den XII Tafeln an die actio de rupitiis sarciendis als generelle Schadensersatzklage mehrfache singuläre Bestimmungen und Fälle zugefügten Schadens anschlossen, welche auch nach der Lex Aquilia in Geltung blieben. Dahin gehören die wegen heimlichen oder sonst widerrechtlichen Abhauens fremder Bäume (arbores caesae, actio arborum furtim caesarum noxalis), L. 1. 6. §. 5. D. arb. furt. caes. (47. 7.) Plin. H. N. XVII. 1. 7., wegen Anzündens eines Gebäudes oder in dessen Nähe befindlichen Getreidehaufens, L. 9. D. de incend. etc. (67. 9.), wegen diebischen Abweidens von Feldfrüchten zur Nachtzeit, Plin. H. N. XVIII. 3. 12. und wegen Hinüberzauberns fremder Saaten auf den eigenen Acker. Plin. H. N. XXVIII. 4. 17. XXX. 1. 12. Serv. ad Verg. Ecl. VIII. 99. Seneca Nat. Quaest. IV. 7. Augustin. de civ. Dei. VIII. 19. *C. Sell*, a. a. O. S. 13.

2) L. 1. pr. D. cit. Ulp. Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit; quas leges nunc referre non est necesse.

3) *Huschke*, a. a. O. *Rudorff*, Röm. R. G. II. §. 108. und zu Puchta Inst. III. §. 277. *v. Bethmann-Hollweg*, Röm. Civilprocess. I. S. 64. 173. II. S. 302. *C. Sell*, a. a. O.

4) Cf. L. 1. pr. D. si quadr. paup. f. d. (9. 1.) Ulp. Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur actio ex lege duodecim tabularum decendit.

5) *Hasse*, a. a. O. S. 20. N. 1. Auf die actio arborum furtim caesarum als einer singulären Schadensersatzklage hat die Lex Aquilia insoferne zurückgewirkt, als sie von nun an in den Fällen der arbores furtim caesae mit der actio Legis Aquiliae electiv concurrirte, L. 1. D. arb. furt. caes. (47.

berichtete differentia inter Legem Aquiliam et Legem XII tabularum von selbst gegeben, indem, si servus furtum faxit, vor wie nach ex duodecim tabulis mit der actio furti noxalis gegen den dominus sciens geklagt wurde, während ob damnum injuria datum von nun an die actio Legis Aquiliae in solidum wider ihn begründet war.

Das Motiv zu dieser sich widersprechenden Legislation findet Celsus darin, dass die XII Tafeln dem Sklaven zugemuthet hätten, dem dominus conscius den Gehorsam zu verweigern, während die Lex Aquilia es ersterem nachgesehen habe, wenn er aus Furcht vor harter Strafe Folge geleistet. Utriusque legis reddit rationem; duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo qui domino paruit periturus si non fecisset. — Allein dieser Erklärungsversuch [1]) scheitert schon von vornherein an dem Umstande, dass von einem servus qui domino paruit, obtemperavit, von strafbarem wie verzeihlichem Gehorsam da keine Rede sein kann, wo der Sklave aus seinem eigenem Willen heraus ein Delict zu begehen sich vornimmt und der Herr erst nach gefasstem Beschluss, vielleicht ganz zufällig, ja ohne dass der Sklave es weiss, Kenntniss von demselben erhält, dessen Ausführung aber, obwohl er in der Lage dazu ist, nicht hindert [2]). Wäre unter den gegebenen Verhältnissen der Sklave von dem intendirten Delicte zurück-

---

7.) und falls der Sklave sua voluntate die fremden Bäume gefällt, beide Klagen actiones noxales waren. L. 7. §. 5. D. eod.

1) Auch *Huschke*, Analecta litt. p. 113—114. verwirft die Argumentation des Celsus, indem er sie für scharfsinniger als wahr erklärt. Er findet den wahren Grund des obigen Gegensatzes darin, dass die XII Tafeln bei ihren Strafen der meisten Privatdelicte mehr persönliche Genugthuung als Ausgleichung etwaiger Vermögensschädigung erstrebt und deshalb natürlicher Weise dabei zunächst den Verletzer selbst ins Auge gefasst hätten; in der durch die Lex Aquilia eingeführten aquilischen Klage sei dagegen der Charakter der actio vindictam spirans hinter dem der Schadensersatzklage zurückgetreten, und daher der durch die Wissenschaft des damnum injuria datum seines Sklaven mitschuldige Herr mit ihr unter Ausschluss der noxae datio in solidum (suo nomine) belangt worden, während der dominus nesciens als an der Schadenszufügung des Sklaven unschuldig nur servi nomine unter dem Zugeständnisse der noxae datio in Anspruch genommen werden konnte.

2) L. 3. i. f. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Aliud est enim, auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere.

getreten, so würde damit nicht eine Verweigerung des Gehorsams gegenüber seinem Herrn, sondern vielmehr in erster Linie eine Aenderung seines eignen Willens documentirt gewesen sein. — Dazu kommt nun aber noch, dass, falls das angebliche Motiv der XII Tafeln das wirkliche gewesen wäre, dann der dominus sciens nec impediens auf der einen Seite als intellectueller Auctor des Delicts, dem der Sklave den Gehorsam hätte verweigern sollen, und auf der anderen doch zugleich als völlig unschuldig behandelt worden wäre, weil sonst die actio in solidum suo nomine wider ihn hätte ertheilt werden müssen und nicht die actio noxalis servi nomine, welche absolute Schuldlosigkeit des Herrn zur unerlässlichen Voraussetzung hat [1]). — Und endlich widerspricht es auch dem Entwickelungsgang des römischen Rechtes, dass in ältester Zeit die Anforderungen an die Strenge des Gehorsams des Sklaven gegenüber seinem Herrn geringer gewesen sein sollten als in späterer Zeit.

Viel wahrscheinlicher als aus den von Celsus angegebenen Argumenten dürfte sich der obige Gegensatz der XII Tafeln und der Lex Aquilia in Betreff der noxae datio im Falle eines sciente nec impediente domino begangenen Delicts des Sklaven daraus erklären, dass zur Zeit der XII Tafeln durchweg von einem juristisch wirksamen Willen nur da die Rede sein konnte, wo derselbe ausdrücklich, sei es in Worten, sei es in symbolischen Handlungen kundgegeben vorlag. Ein indirect durch Schlussfolgerung und Interpretation zu constatirender Wille galt dem ältesten römischen Rechte nicht als Wille, der rechtliche Wirkungen zu äussern im Stande gewesen wäre [2]), und daher konnte denn

---

1) L. 2. pr. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. verb. si autem insciente (domino servus occidit), noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quum ut noxae eum dedat. L. 5. §. 1. D. eod. Ulp. Qui nescit (dominus), cum noxae deditione (convenitur).

2) Vgl. *Kierulff*, Theorie des gemeinen Civilrechts. S. 19. a. E. S. 21. „Nach dem republikanischen Dogma gilt als Recht, was ein (solches) Subject ausgesprochen, und nur so, wie er es ausgesprochen hat, (lex publica, edictum, lex privata)." .. „Das herrschende Recht ist hier das unmittelbare, feste, einfache, (directum, asperum, simplex., Cic. pro Roscio Com. c. 4., weil der Wille nur gilt für das Einfache und Einzelne, wofür es ausdrücklich festgesetzt ist, und nie bezogen werden darf auf einen Inhalt, der nicht in dem Ausdruck begriffen ist. Es ist hier immer nur gemeint, was gesagt ist, (id, quod dictum est,

auch der Herr ganz folgerichtig nur dann als dem intendirten Delicte seines Sklaven zustimmend betrachtet werden, wenn er seinen Willen, dass dasselbe zur Ausführung komme, ausdrücklich kund gab. Galt aber der dominus sciens nec impediens in ältester Zeit noch nicht als in das Sklavendelict einwilligend, so lud er selbstverständlich, wenn auch vom Standpunkte der Ethik, dann doch nicht von dem des Rechtes durch seine Mitwissenschaft [scientiam enim spectare debemus, quae habet et voluntatem, L. 1. §. 1. D. si fam. furt. fec. dic. (47. 6.)] eine Schuld auf sich, und folgeweise konnte dem dominus conscius so wenig wie dem dominus nesciens die Rechtswohlthat der noxae datio entzogen werden; vielmehr waren beide in gleicher Weise nur servi nomine noxaliter, und ersterer nicht suo nomine in solidum zu belangen [1]). Die stete Steigerung des Verkehrs und die damit gleichen Schritt haltende feinere Ausbildung des Privatrechtes musste nach nicht allzulanger Zeit auch dem über das knappe Wort und enge Symbol hinaus mit Sicherheit nachweisbaren Willen auf dem Rechtsgebiete Anspruch auf Berücksichtigung verschaffen, die sich darin bethätigte, dass selbst der auf dem Wege der Schlussfolgerung festzustellende Wille juristisch gerade soviel galt, als

---

nicht id, quod actum est.") ... „Das alte Recht liess als juristischen Willen nur das vom Subject ausgehende Wort gelten." *Danz*, Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr. S. 3—5. „Nicht was die Partheien wollen, ist unter ihnen Recht, sondern was sie als ihren Willen aussprechen." Vgl. auch *Christiansen*, Institutionen. §. 8. S. 305 f. *M. Voigt*, Das Jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. III. 1. §. 47. S. 270 f. *Jhering*, Geist des röm. Rechts. II. §. 45. „Der Formalismus." *Karsten*, Die Bedeutung der Form im Obligationenrecht. 1878. S. 61 f. Cf. Festus c. voc. Nuncupata. „Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncapassit, ita jus esto." (Aus den XII Tafeln. Tab. VI. 1.) Cic. pro Caec. c. 18. §. 53. Quid? verbis satis hoc cautum erat? minime. Quae res igitur valuit? voluntas: quae si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non uteremur: quia non potest, verba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem.

1) Es leuchtet daraus von selbst ein, dass der spätere Unterschied des agere detracta noxae deditione gegen den mitwissenden Herrn und des agere cum noxae deditione gegen den dominus ignorans dem Zwölftafelrechte gänzlich fremd, und daher auch der Beweis der Mitwissenschaft des Herrn darnach völlig irrelevant war, weil eben sowohl dominus conscius als der dominus ignorans nur noxaliter haftete.

der ausdrücklich an den Tag gelegte[1]). Zu welcher Zeit diese folgenreiche Wandelung[2]) zum Abschlusse gekommen, ist freilich nicht näher festzustellen, aber mit Zuversicht anzunehmen, dass sie bereits beim Erscheinen der Lex Aquilia[3]) angefangen Boden zu gewinnen, weil dieses Plebiscit von nun an in der scientia domini beim damnum injuria datum seines Sklaven eine obligirende Einwilligung erkennt und ersteren daher mittelst der actio Legis Aquiliae in solidum suo nomine zur Verantwortung zu ziehen gestattete[4]), während es den Sklaven von aller Strafe

---

1) L. 5. §. 10. L. de his qui effuderint (9. 3.) Ulp. Positum habere etiam is videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur.

2) Für den Rechtsverkehr kleidete sich diese Wandlung in den Satz ein: In contrahendo, quod agitur, pro cauto habendum est d. h. die indirect nachweisbare Absicht der Partheien wirkt gerade so gut wie die direct und ausdrücklich erklärte. L. 3. D. de reb. cred. (12. 1.) Vgl. §. 10. I. de Lege Aquil. (4. 3.) Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, etc. L. 6. §. 1. D. de V. S. Ulp. Verbum: ex legibus, sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis. L. 17. D. de legibus (1. 3.) Celsus: Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. L. 5. C. de leg. (1. 14.) Theod. et Val. Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Cic. Top. 25. §. 96. Opponitur scripto voluntas scriptoris, ut quaeratur, verbane plus aut sententia plus valere debeat. Quinct. I. O. XII. 2. §. 19. Quid? non quaestio juris omnis aut verborum proprietate aut aequi disputatione aut voluntatis conjectura continetur?

3) Den versuchten Nachweiss, dass das Erlassjahr der Lex Aquilia das Jahr der Stadt 467 sei, siehe bei *C. Sell* in den Sell'schen Jahrb. II. S. 47—49. und in dessen citirten Abh. über die Actio de rupitiis sarciendis §. 5. N. 1. S. 14. 15. Vgl. auch *Unterholzner*, Schuldforderungen. II. §. 664.

4) L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) verb. At in Lege Aquilia . . . dominus, qui prohibere potuit nec prohibuit, (L. 50. D. de R. J.) suo nomine tenetur, non servi. — Man merke wohl, dass mit dieser Bestimmung der Lex Aquilia der bis dahin dem römischen Rechte fremde Unterschied des cum und sine noxae datione agere zuerst zu Tage getreten ist, indem von nun an, falls der Herr die Mitwissenschaft bei dem von seinem Sklaven an einem Dritten begangenen damnum injuria datum geläugnet, es darauf ankam, ob dieser Dritte sich getrauete, die conscientia domini nachzuweisen oder nicht, um dann unter der ersteren Voraussetzung die actio in solidum, unter der zweiten die actio noxalis wider ihn anzustellen. Lag dagegen die Mitwissenschaft des Herrn offen zu Tage, wie wenn das Delict nachweisbar in dessen Gegenwart begangen worden, so war die Wahl zwischen den beiden Klagen ausgeschlossen; vielmehr ausschliesslich die actio in

freisprach, da er dem wenn auch nur mittelbar an den Tag gelegten Willen seines Herrn gemäss gehandelt habe [1]).

Lag in der bis dahin gediehenen Entwickelung, wornach der Herr schon durch die erwiesene Connivenz in Betreff des von seinem Sklaven verübten damnum injuria datum zum Mitschuldigen ward, auf der einen Seite auch ein entschiedener Fortschritt, indem seine bisher blos ethische Verpflichtung Privatdelicte seines Sklaven zu verhindern, falls es ihm möglich, zur rechtlichen erhoben wurde [2]), so barg sie doch auf der anderen zugleich sowohl einen legislativen Widerspruch als auch eine entschiedene Einseitigkeit in sich; — einen legislativen Widerspruch, weil kein innerer Grund vorlag, die bisher nach dem XII Tafelrechte gleich behandelten furta nec manifesta und rupitiae s. noxiae im Falle der Mitwissenschaft des Herrn von nun an in entgegengesetzter Weise zu behandeln; — eine entschiedene Einseitigkeit, weil der aus eigenem Willen heraus das Delict beschliessende und ausführende Sklave als völlig straflos behandelt wurde, obwohl die Mitschuld des Herrn die Schuld des Sklaven nicht aufhob, sondern beide nebeneinauder bestanden.[3]) Das Richtige war offenbar, die beiden verschiedenen Gesichtspunkte der XII Tafeln und des Aquilischen Gesetzes als in keinem inneren Widerspruche stehend miteinander zu vereinigen, und das Verdienst, diese Vereinigung sowie die daraus sich ergebende Wiederherstellung gleichmässiger Behandlung des von Sklaven unter Mitwissenschaft seines Herrn begangenen furtum und damnum injuria datum ins Werk gesetzt zu haben, kommt der durch Julian, Marcellus und Ulpian vermittelten, in die justinianische Compilation übergegangenen classischen Jurisprudenz zu, welche

---

solidum begründet, und der Sklave als ein solcher, qui domino obtemperavit, nach seiner Freilassung für das begangene Delict nicht weiter verantwortlich. L. 2. §. 1. cit.

1) L 2. §. 1. D. cit. verb. Is qui non prohibuit, sive dominus manet, sive desiit esse dominus, hac actione tenetur; sufficit enim, si eo tempore dominus quo non prohibeat, fuit; . . nam servum nihil deliquisse, si domino jubenti obtemperavit.

2) Vgl. L. 9. D. de nox. act. (9. 4.) Paul. verb. (dominus qui scit) sui facti nomine poenam meruit.

3) L. 4. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus: verb. ergo dolus servi impunitus erit? Quod est iniquum. — L. 3. D. eod. Ulp. Aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere.

im Hinblick auf den Rechtssatz: Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur [1]), und unter der zutreffenden Reflexion: Ut, quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret, L. 2. § 1. D. cit., die Bestimmung der XII Tafeln, dass der dominus trotz seiner erwiesenen Wissenschaft ex furto et noxia noxaliter zu belangen sei, in die Lex Aquilia hineintrug, und in Folge dessen von nun an dem vom furtum oder damnum injuria datum eines fremden Sklaven Betroffenen die freie Wahl liess, von welchem Gesichtspunkte aus er den dominus zur Rechenschaft ziehen wolle [2]); — immo utroque modo dominus tenebitur, L. 4. § 2. D. de nox. act. (9. 4.) — ohne Rücksicht auf seine innere Stellung zur That, also lediglich servi nomine oder zugleich unter Markirung der durch seine conscientia auf sich geladenen Mitschuld, (suo nomine), um in jenem Falle (ex duodecim Tabulis) zur actio ex servi delicto noxalis, in diesem (ex Lege Aquilia) zur actio ex servi delicto in solidum zu greifen [3]), je nachdem ihm die eine oder andere vortheilhafter erschien. Lag die Mitwissenschaft des Herrn klar zu Tage oder liess sie

---

1) Paulus in L. 26. D. de leg. (1. 3.) L. 27. eod. Tertullian. Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt. L. 28. eod. Paul. Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint idque multis argumentis probatur.

2) Dies ist der eine wichtige Punkt, worin die durch die classische Jurisprudenz vermittelte Uebertragung der XII Tafeln in die Lex Aquilia eine Aenderung hervorgerufen hat, indem der Kläger seitdem auch dem erwiesen mitwissenden Herrn gegenüber die Wahl zwischen der actio in solidum und noxalis hatte, weil von jetzt an der mit Wissen seines Herrn ein furtum oder damnum injuria datum begehende Sklave ex XII tabulis im Gegensatze zu der Lex Aquilia gleichfalls ex delicto suo verantwortlich galt. Ein zweiter Punkt war der, dass von nun an das furtum mit dem damnum injuria datum in Bezug auf Gestattung oder Versagung der noxae datio wieder gleich behandelt wurde.

3) Vgl. L. 5. D. si fam. furt. fec. (47. 6.) Marcell. verb. Et si servus communis alterius jussu damnum dederit, etiam quod praestiterit alter, si modo cum eo quoque ex Lege Aquilia vel ex duodecim Tabulis agi potest, etc. Schol. ad Bas. IV. 5. c. 2. L. 56. D. de O. et A. (44. 7.) Pomp. Quaecunque actiones servi mei nomine mihi coeperunt competere vel ex duodecim Tabulis vel ex Lege Aquilia, etc. L. 1. D. arb. furtim caes. (47. 7.) Paulus: Si furtim arbores caesae sint, et ex Lege Aquilia et ex duodecim Tabularum dandam actionem Labeo ait.

sich mit Sicherheit nachweisen, so nahm man mit der actio in solidum die volle litis aestimatio von ihm in Anspruch, ebenso dann, wenn der Sklave gestorben [1]), oder ein homo vilissimus war, dessen Werth dem Betrage der verwirkten litis aestimatio nicht entfernt gleichkam. [2]) — Hatte dagegen der Kläger Bedenken, den Beweis der in Abrede gestellten Mitwissenschaft des Herrn erbringen zu können [3]) oder liess es die Vermögenslage des verklagten dominus zweifelhaft erscheinen, ob die verwirkte litis aestimatio von ihm zu erlangen sein würde, so ignorirte der Kläger dessen conscientia und griff zu der nur den einfachen Beweis des Delicts erfordernden actio noxalis, weil er dann sicher

---

1) L. 5. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.)

2) L. 17. pr. D. eod. Ueber die höchst verschiedenen Preise der Sklaven je nach den verschiedenen Zeiten, ihrem Alter, ihren Fertigkeiten und zu lösenden Aufgaben s. *Becker-Marquardt*, Röm. Alterth. V. S. 180. — In L. 11. §. 4. D. de pec. (15. 1.) wird der Werth des vicarius eines Sklaven auf 5 aurei (à 6 Thaler), in L. 11. §. 5. L. 37. §. 1. L. 38. §. 2. D. eod. zu 8 und 10 angegeben. In L. 26. §. 8. D. mand. (17. 1.) kauft ein Schmied (faber) einen Sklaven für 10 aurei, lehrt ihn sein Handwerk und verkauft ihn dann für 20. In L. 57. § 1. D. de aed. ed. (21. 1.) spricht Paulus von einem Sklaven zu 5000 und 10,000 HS, in L. 74. D. de furt. (47. 2.) Javolenus von einer furtiva ancilla, die ein Anderer bona fide für 2 aurei gekauft hat. In L 3. pr. C. communia de leg. (6. 43.) wird der Schätzungspreis eines männlichen wie weiblichen Sklaven unter 10 Jahren auf 10 solidi, der eines älteren auf 20 solidi angegeben, si sine arte sint. Artifices im Allgemeinen sind bis zu 30 solidi zu schätzen, notarii et medici utriusque sexus aber erstere bis zu 50, medici und obstetrices bis zu 60, Eunuchen unter 10 Jahren bis zu 30, ältere bis zu 50, und wenn sie artifices waren, wurden sie bis zu 70 veranschlagt. Bei Horaz (Epist. II. 2. 5.) wird ein Sklave zu 8000 HS (400 Thlr.) angeboten, (vgl. auch Col. 19. 3.) bei Martial VIII. 13. einer zu 20,000 HS. (1000 Thlr.); bei Plinius H. N. VII. 10. 55. kauft Antonius 2 Sklaven, Zwillingsbrüder, für 200,000 HS. (10,000 Thl.) — Wie billig im Gegensatze hiervon die Sklaven früher waren, s. bei Livius XXII. 58. *Becker*, Gallus II. S. 107. Vgl. auch *C. Sell*, Die actio de rupitiis sarciendis etc. S. 30.

3) Vgl. L. 4. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.) Donec autem prius judicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire. — So war nach *Huschke*, Analecta litteraria p. 198. die Schwierigkeit, die Mitwissenschaft, den dolus, des Fabius bei der von seinen Sklaven vollführten rapina nachzuweisen, die Ursache, dass Cicero nicht sine noxae deditione mit der actio vi bonorum raptorum suo nomine in solidum gegen ihn auftrat, sondern servorum nomine mit der actio noxalis.

war, wenigstens den delinquirenden Sklaven noxae übergeben zu erhalten.

Nach Vorstehendem erklärt sich denn auch, wie ohne inneren Widerspruch die noxae datio auf der einen Seite eine reine Vergünstigung des Beklagten[1]) und auf der anderen ihre Ermöglichung im Falle der Mitwissenschaft des Herrn bei Privatdelicten seines Sklaven doch in die Hände des Klägers gelegt sein konnte, indem es, wie soeben gezeigt, Verhältnisse gab, in welchen gerade das eigene Interesse des letzteren es mit sich brachte, seinem Gegner zu dieser Vergünstigung zu verhelfen.

§. 3.

Von der juristischen Identität der actio in solidum und actio noxalis. — Consequenzen dieser Identität. — Exegese der L. 4. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.)

L. 4. § 2. D. cit. Paulus Lib. III. ad Ed. Quum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio videndum est, nisi forte Praetor unam poenam a domino exigi voluit; ergo dolus servi impunitus erit? Quod est iniquum: immo utroque modo dominus tenebitur, una autem poena exacta, quam legerit actor, altera tollitur.

Während die vorstehenden Worte des Paulus auf der einen Seite das bereits gewonnene Resultat, wornach im Falle der Mitwissenschaft des Herrn beim Delicte seines Sklaven der Verletzte die Wahl zwischen der actio in solidum und der actio noxalis gegen den ersteren hat, bestätigen, bringen sie uns auf der anderen den Gewinn, daraus entnehmen zu dürfen, dass, wenn die vom Sklaven verwirkte Strafe auf dem einen Wege vom Herrn erlangt war, sie auf dem anderen nicht noch einmal erlangt werden konnte. Und der Grund dieser letzteren Erscheinung ist kein anderer, als die juristische Identität beider Klagen[2]),

1) L. 39. pr. D. de her. pet. (5. 4.) Gaius: servorum gratia litis aestimatio solvitur, quum id utilius sit, quam ipsos dedi.

2) Nach *Ribbentrop*, Correalobl. S. 252. 253. soll schon das blosse Aufwerfen der Frage von Paulus: An servi quoque nomine danda sit actio? ob neben der actio in solidum auch die Noxalklage gegen den dominus conscius angestellt werden könne? den Beweis liefern, dass beide Klagen nicht zur Geltendmachung einer und derselben Obligation bestimmt gewesen sein könnten, sondern dass sie vielmehr verschiedene Klagefundamente gehabt hätten, jene das in der conscientia liegende Verschulden des Herrn,

indem der Herr durch seine blosse patientia, seine blosse Mitwissenschaft des intendirten Sklavendelicts, L. 4. pr. D. de nox. act. (9. 4.), zwar eine Mitschuld auf sich lud, aber keine solche, die geeignet war, ihn als Auctor dieses Delicts erscheinen zu

---

diese das Delict des Sklaven. Allein zu diesem Beweise erscheint unsere Stelle durchaus ungeeignet, da sie in Uebereinstimmung mit anderen Quellenaussprüchen L. 2. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) nur constatirt, a) dass der Verletzte die Wahl hat, die lediglich durch das Sklavendelict ins Dasein gerufene Klage gegen den zur Zeit der Litiscontestation den Sklaven noch im Eigenthum habenden dominus conscius sowohl mit als ohne Berücksichtigung seiner conscientia auf die litis aestimatio anzustellen, damit ihm im ersteren Falle die Rechtswohlthat der noxae datio versagt bleibe, im zweiten sie ihm zu Gebote stehe, und b) dass wenn der Verletzte die vom Sklaven durch sein Delict verwirkte Strafe auf einem dieser Wege erlangt habe, er sie auf dem anderen nicht noch einmal solle verlangen können; — Beides Erscheinungen, welche ihre vollkommene Erklärung finden, wenn wir in der actio in solidum und noxalis „nur verschiedene Modificationen der zur Geltendmachung einer und derselben obligatio (ex servi delicto) dienenden Klage" (Rippentrop S. 249) erkennen, welche der dominus conscius ohne oder mit der Befugniss zur noxae datio, je nach der Bezugnahme des Klägers auf seine Mitwissenschaft oder ohne eine solche in verschiedenem Umfange seiner Pflichten auf sich zu nehmen verbunden war. Und gerade wegen der Einheit der diesen beiden Klagen zu Grunde liegenden obligatio mussten denn auch beide Klagen mit der einmaligen Entrichtung der durch das Sklavendelict verwirkten litis aestimatio selbst dem dominus conscius gegenüber erlöschen, weil eben dessen conscientia kein selbständiges zu einer eigenen Klage führendes Delict war, sondern nur eine seinen Pflichtenkreis bei Uebernahme der Delictsklage erweiternde Verschuldung. — Es liegt nahe, das Verhältniss der actio in solidum und der actio noxalis mit dem der actio de peculio und der actio de in rem verso insoferne zu vergleichen, als auch deren intentio dieselbe war, während die condemnatio verschieden lautete. §. 4. I. quod cum eo (4. 7.) Licet una est actio . . . tamen duas habet condemnationes. Gaius IV. 74. Eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur. Keller, Litiscontestation und Urtheil. §. 50. S. 423. — Was etwa in L. 4. §. 2. D. cit. Bedenken erregen könnte, wäre die Frage, wie Paulus dazu gekommen, für die Zulassung der actio noxalis gegen den dominus conscius neben der actio in solidum als Grund anzugeben, weil sonst der dolus servi ungeahndet bliebe? Aber auch dieses Bedenken schwindet, wenn man annimmt, dass Paulus damit nur darauf hinweisen wollte, wie es bei der actio noxalis gegen den dominus conscius diesem freigelassen war, durch noxae datio die Bestrafung des dolus servi dem Verletzten anheimzugeben, während, wenn gegen den dominus conscius ausschliesslich die actio in solidum zulässig gewesen wäre, für ihn kein anderer Ausweg geblieben sein würde, als die litis aestimatio zu entrichten. — Mit *Rihbentrop* nehmen bei

lassen [1]), und damit neben dem Delicte des Sklaven dasselbe noch einmal als zweites selbständiges Privatdelict für seine Person ins Dasein zu rufen, so dass es in die Wahl des Verletzten gestellt bliebe, das eine wie das andere zur Grundlage seiner Klage zu machen, d. i. entweder ex delicto servi oder ex delicto domini zu klagen.[2]) Vielmehr lag trotz der zusammentreffenden Verschuldung des Sklaven und Herrn doch nur ein einziges Privatdelict, das des Sklaven mit der einen daraus erwachsenden Delictsklage vor[3]), die selbstverständlich

---

der actio in solidum und noxalis zwei verschiedene Klagfundamente an *v. Vangerow*, Pandekten. III. §. 573. Anm. 2. sub. a, *Brinz*, Krit. Blätter. IV. S. 15 f.; *Bekker*, Processualische Consumtion. S. 230 f. 259 f. — Das gleiche Fundament für beide Klagen vertheidigt dagegen *Baron*, Gesammtverhältnisse. S. 274. Anm. Vgl. auch *P. Krüger*, Processualische Consumtion. S. 98. N. 1.

1) L. 3. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. aliquid est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere.

2) Dies verkennt *Zimmern*, wenn er in seinem System der röm. Noxalklagen S. 242. vom Falle der patientia domini sagt: „Auf diese Weise entstehen zwei Urheber desselben Delicts, Herr und Sklave, zwischen welchen der Verletzte die Wahl hat.“ Auch lässt es sich nicht rechtfertigen, wenn *Hasse*, Die Culpa. S. 19. a. E. vom dominus patiens sagt: „dass man den dominus hier das Unrecht doppelt empfinden liess, ist ganz der Natur einer actio poenalis angemessen.“ Diese Aeusserung ist Ausfluss der Hasse'schen Ansicht, wornach schon die Haftpflicht des dominus ignorans auf die versäumte Pflicht der Ueberwachung seiner Sklaven zurückzuführen sein soll. (S. 14.) — Desgleichen erscheint es unhaltbar, wenn *v. Helmolt*, Die Correalobligation. S. 46. bei Mitwissenschaft des Herrn denselben als Hauptschuldner, den Sklaven als Nebenschuldner, bei obwaltender ignorantia domini aber den Sklaven als Hauptschuldner, den Herrn als Nebenschuldner auffasst, denn in beiden Fällen haftet der Herr ex servi delicto für den Sklaven auf ganz gleiche Weise in erster Linie, nur in verschiedenem Umfange. — Schliesslich kann man aber auch der von *Baron*, Die Gesammtverhältnisse im röm. Rechte. S. 274. vertretenen Ansicht, dass der conscius und nesciens dominus nur wegen des Delictes des Sklaven als accessorischer Schuldner hafte, nicht beitreten. Baron sagt S. 264. selbst, dass bei Obligationen, die im Verhältnisse der Accession stünden, die Aufhebung der principalen die accessorische nicht bloss ope exceptionis, sondern ipso jure aufhebe. Nun dauert aber die obligatio des dominus conscius auch nach dem Tode des delinquirenden Sklaven fort, L. 5. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) und daher trifft denn ihre Auffassung als accessorische nicht zu, da eine solche ohne obligatio principalis nicht denkbar ist.

3) *Baron*, a. a. O. S. 273. Anm. sub. c. Vgl. *Jhering*, Schuldmoment

erlöschen musste, sobald ihr Zweck, die Entrichtung der litis aestimatio, erreicht war.[1]) — Um ein selbständiges Delict des Herrn ins Dasein zu rufen, so dass er ex suo delicto belangt werden konnte, erschien erforderlich, dass er bei dem Delicte seines Sklaven positiv mitgewirkt, indem er ihm den ausdrücklichen Befehl[2]) gegeben hatte, dasselbe zu begehen. Nam servum nihil deliquisse, heisst es in der Ulpian'schen L. 2. §. 1. D. eod. si domino jubenti obtemperavit. Et sane si jussit, potest hoc dici; si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? — Damnum dat, qui jubet dare, sind Worte des Paulus in L. 169. D. de R. J. — Ein Beleg dafür ist auch noch in der Paulinischen L. 17. pr. i. f. D. eod. enthalten, indem darin für den Fall des von einem servus communis an einem Dritten begangenen Delictes, dem dominus, qui jussit servum facere seinem socius gegenüber der Anspruch auf Repartition der entrichteten litis aestimatio aus dem Grunde versagt ist, quum ex suo delicto damnum patiatur, während sowohl dem dominus sciens als ignorans, wenn auch in verschiedenem Umfange, ein solcher zugestanden wird, offenbar deshalb, weil sie eben beide nicht ex suo delicto, sondern in gleicher Weise als domini ex servi delicto haften; immo utroque modo dominus tenebitur. L. 4. § 2. D. eod.

Trotz seiner conscientia blieb das Fundament der wider den dominus gerichteten actio in solidum ganz dasselbe, wie bei der gegen den dominus ignorans anzustellenden actio noxalis, die vom Gewalthaber vor Gericht zu vertretende Delictsobligation seines Sklaven, und die Strafe seiner Mitwissenschaft bestand nur darin, dass der Umfang seiner Haftpflicht im Vergleiche zu der des dominus ignorans noch erweitert, gesteigert ward. Während nämlich die obligatio ex lege des noxaliter für die litis aestimatio haftenden dominus ignorans durch die gestattete noxae datio eine nur eventuelle und durch ihre

---

S. 21. „Bei Delicten macht die unerlaubte Handlung den ursprünglichen und einzigen Grund des Anspruchs aus."

1) Vgl. auch L. 3. D. vi bon. rapt. (47. 8.) Paul. et si cum domino .. actum sit, deinde cum manumisso agatur, rei judicatae exceptionem nocere Labeo ait.

2) Dem Befehle steht in Betreff der Verantwortlichkeit des Herrn die nachträgliche Genehmigung des Delicts gleich. L. 1. §. 14. D. eod. .. rectius enim dicitur, in maleficio ratihabitionem mandato comparari.

Gebundenheit an das Eigenthum im Momente der Litiscontestation nur eine temporäre war, erschien des dominus conscius gesetzliche Verpflichtung, die von seinem Sklaven verwirkte litis aestimatio zu entrichten, auf der einen Seite als eine definitive, weil ihm eben die Wohlthat der noxae datio zur Strafe entzogen war [1]) und auf der anderen als eine perpetuelle, weil, auch nachdem der ambulante Obligationsgrund des Eigenthums zur Zeit der Litiscontestation von ihm auf einen Anderen übergegangen oder durch Freilassung, oder Tod des Sklaven ganz erloschen war, seine Verpflichtung, die von letzterem verwirkte litis aestimatio zu entrichten, so lange er lebte, unabhängig von allem dem fortbestand, indem er nicht nur als zeitiger, sondern auch als gewesener Eigenthümer zeitlebens verpflichtet blieb.[2])

Macht sich nun aber der dominus conscius durch die blosse Mitwissenschaft beim Delicte seines Sklaven nicht noch einmal desselben Delictes schuldig, so tritt die Frage an uns heran, worin das straffällige Unrecht, seine culpa, sein delinquere, L. 5. pr. D. eod., das ihm doch zweifellos zur Last fällt, (sui enim facti nomine poenam meruit, L. 9. D. eod.) bestehe, und wie dasselbe juristisch zu qualificiren sei?

Was das Erstere betrifft, so liefert der Ausspruch des Paulus in L. 4. § 1. D. eod., wornach der dominus, welcher vom Delicte eines servus extraneus, ehe er ihn gekauft, Kenntniss gehabt, später doch nur noxaliter solle belangt werden können, in Verbindung mit der Aeusserung Ulpian's in L. 2. § 1. D. eod. sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, den Beweis, dass seine Schuld in Versäumniss der ihm als zeitigen Ge-

---

1) Die noxae datio fiel für den Römer nicht unter den Begriff des damnum, [L. 1. §. 15. D. de vi (43. 15) Ulp. verb. ipsos servos maleficii causa noxae dedendo indemnis erit. Quod enim noxae dedere compellitur, in damno non debet reputare, quum servus hoc possit domini deteriorem conditionem facere]; wohl aber die Entrichtung der verwirkten litis aestimatio, und daher erschien die Versagung der noxae datio als Strafe. L. 76. §. 5. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus: huius Edicti poenam evitare, id est, ut sine noxae deditione conveniatur.

2) L. 5. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Differentia autem harum actionum non solum illa est, quod qui scit, in solidum tenetur, verum illa quoque, quod sive alienaverit servum, qui scit, sive manumiserit, sive decesserit servus, dominus tenetur; sed si ipse dominus decesserit heres eius non tenetur. L. 2. §. 1. D. eod.

walthaber durch die Lex Aquilia auferlegten Rechtspflicht bestand, Delicte seiner Sklaven womöglich zu verhindern [1]), und was die juristische Qualification dieser Pflichtversäumniss anlangt, so erscheint sie weder als ein selbständiges Privatdelict, noch auch als ein besonderes Quasidelict.[2]) Vielmehr macht sich in Bezug auf den dominus ignorans und conscius dadurch, dass letzterer im Vergleiche zu ersterem in dem angegebenen weiteren Umfange die Klage aus dem Delicte des Sklaven auf sich zu nehmen verpflichtet war, ein ganz analoges Verhältniss geltend wie beim bonae und malae fidei possessor, die, mit der rei vindicatio belangt, beide, nur dieser in erweitertem Pflichtenkreise, die besessene fremde Sache herauszugeben verbunden sind. Der malae fidei possessor haftet zunächst als Besitzer wie der mitwissende Herr des Sklaven zunächst als Eigenthümer; weil jener aber durch die Verweigerung der Herausgabe der in seinem Besitze befindlichen Sache trotz seiner mala fides, also wider besseres Wissen eine ihn dem praedo nahe bringende Schuld auf sich ladet, die den bonae fidei possessor als solchen nicht trifft, so erleidet er in der ihm vom Gesetze auferlegten erweiterten Verpflichtung zum Ersatze der fructus percipiendi und von der Litiscontestation an zur Tragung des casus, falls dieser bei früherer Herausgabe den Kläger nachweislich nicht getroffen haben würde [3]), ganz in derselben Weise die gerechte Strafe [4]), wie der dominus conscius im

---

1) L. 3. 4. pr. D. de nox. act. (9. 4.): scientia cum consilio. L. 44. §. 1. L. 45. pr. D. ad Leg. Aq. (9. 2.) L. 50. D. de R J. L. 1. §. 1. D. si fam. furt. f. d. (47. 6.): scientia, quae et habet voluntatem.

2) Vgl. L. 67. pr. D. de furt. (47. 2.) Celsus: Infitiando depositum nemo facit furtum: nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est. L. 1. §. 2. L. 52. §. 19. D. eod. L. 62. D. eod. Marcian. Furtum non committit, qui fugitivo iter monstravit. — *Baron*, a. a. O. S. 273. Anm. sub c. — Ein Quasidelict des dominus conscius, eine actio ex delicto domini scientis nimmt an *Bekker*, a a. O. §. 17. S. 230. 231.

3) L. 16. pr. L. 62. D. de rei vind. (6. 4.) vgl. m. L. 15. §. 3. D. eod. L. 20. §. 21. L. 40. pr. D. de her. pet. (5. 3.) *C. Sell*, Dingliche Rechte, S. 368. 369.

4) §. 2. I. de off. jud. (4. 17.) Illorum autem fructuum, quos culpa sua (malae fidei) possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit; si vero bonae fidei possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum. etc. Cf. L. 13. D. de nox. act. (9. 4.) Gaius: verb. nam et absurdum videtur, eos quidem, qui bona fide possiderent, excipere actionem (ex servi delicto),

Versagtbleiben der noxae datio[1]) und in der Fortdauer seiner Haftpflicht über die Dauer seines Eigenthums hinaus[2]), ohne dass man darum von einem eigenen selbständigen delictum oder quasidelictum malae fidei possessionis und delictum oder quasidelictum conscientiae reden könnte.[3]) — Was das römische Recht mit der an die conscientia domini geknüpften Erweiterung seines Pflichtenkreises und mit der anerkannten Möglichkeit, auch den dominus conscius noxaliter zu belangen erstrebt hat, war nicht etwa, den vom Delict eines Sklaven Betroffenen durch Freistellung der Wahl zwischen der actio ex servi delicto noxalis gegen den dominus inscius und der actio in solidum gegen den dominus conscius in den Stand zu setzen, die vom Sklaven verwirkte litis aestimatio mehrmals zu erlangen und sich auf diese Weise zu bereichern, sondern vielmehr nur, ihn in Betreff der einmaligen Erlangung möglichst sicher zu stellen, und

---

praedones vero securos esse. — Man erinnere sich auch der Zwölftafelbestimmung: Si vindiciam falsam tulit, ... si velit is ... tor arbitros dato, eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decidito. Festus s. voc. Vindiciae (O. M. p. 376.)

1) L. 26. §. 5. D. de nox. act. (9. 4.) verb. poena, ... ut sine noxae datione conveniatur.

2) Dieselbe Parallele wie in Betreff der Klage ex servi delicto gegen den dominus conscius und der rei vindicatio gegen den malae fidei possessor trifft auch umgekehrt bei der Noxalklage gegen den dominus ignorans und der rei vindicatio gegen den bonae fidei possessor zu. Während jenem der Lohn seiner Unschuld am Sklavendelicte durch den Rechtssatz verbürgt ist: Iniquum esse, nequitiam servorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse, findet dieser den Lohn seiner bona fides darin, dass er sich die consumirten Früchte ohne Ersatzpflicht zu eigen macht, bonae fidei possessor fructus consumtos suos facit, und dass er trotz der mit der Litiscontestation für ihn eintretenden mala fides, wenn auch von jetzt an für fructus percipiendi, dann doch immer noch nicht für casus einzustehen hat.

3) Darüber, dass auch das Abläugnen der dominica potestas über den delinquirenden Sklaven L. 21. §. 4. D. de nox. act. (7. 4.) kein eigenes Delict begründet, sondern nur die Haftpflicht des Herrn für das Delict seines Sklaven einzustehen verschärft, vgl. unten §. 9.

4) L. 26. pr. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus: Electio vero alterum liberabit: id enim Praetor introduxit, ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret; ideoque exceptione a sequenti summovebitur. Cujacius in Lib. III. Paul. ad Ed. L. 4. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.) Opp. Lut. Paris. Tom. II. p. 44. Unius facti duae poenae nunquam proditae sunt.

dieser Zweck ist denn auch in ausgiebigster Weise erreicht worden, zumal da ihm auch noch ganz dieselbe Klage als actio directa mittelst translatio gegen den servus manumissus zu Gebote stand.[1])

§. 4. Fortsetzung.

Von der der actio noxalis entgegenstehenden exceptio rei judicatae nach abgewiesener actio in solidum servi sowie umgekehrt, und von dem möglichen Uebergange von der einen zur anderen vor beendigtem Verfahren. — Exegese der L. 4. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.)

L. 4. §. 3. D. cit. Paulus Lib. III. ad Ed. Si detracta noxae deditione quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta et finito judicio amplius agendo cum noxae deditione, exceptione rei judicatae summovebitur, quia res in superius judicium deducta et finita est. Donec autem prius judicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poenituit, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque, si cum eo, qui scit, cum noxae deditione actum sit: amplius in dominum, detracta noxae deditione, danda actio non est. In ipso autem judicio, si voluerit et scientiam domini arguere non est prohibendus.

War die juristische Identität der actio ex servi delicto noxalis und in solidum der Grund, aus welchem die eine Klage erlöschen musste, sobald mit der anderen die vom Sklaven verwirkte litis aestimatio erlangt war, so dient sie auch ferner zur Erklärung des vorstehenden Paulinischen Ausspruchs, zufolge dessen dem mit der actio in solidum gegen den dominus als conscius aufgetretenen und wegen nicht erbrachter Beweise der behaupteten conscientia abgewiesenen Kläger, wenn er später die actio noxalis anstellte, die exceptio rei judicatae entgegenstand. Paulus selbst

1) L. 6. D. eod. Ulp. Sed et ipse servus manumissus tenetur. L. 3. D. de vi bon. rapt. (47. 8.) Paulus: et si cum domino actum sit, deinde cum manumisso agatur, rei judicatae exceptionem nocere Labeo ait. L. 24. §. 4. D. de lib. caus. (40. 12) L. 42. §. 1. D. de furt. (47. 2.) Paulus: Interdum et manumissus et qui eum manumisit, ob furtum tenetur, si ideo manumisit, ne furti cum eo agi possit; sed si cum domino actum fuerit, ipso jure manumissum liberari Sabinus respondit quasi decisum sit. *Keller*, Röm. Civilprocess. Fünfte Auflage von *Wach*. §. 68. S. 334. N. 318.

motivirt diese Zurückweisung der nochmaligen Klage durch die Worte: quia res in superius judicium deducta et finita est, d. h. also, weil die abermals zur Entscheidung vorgebrachte Sache als juristisch identisch mit der früheren bereits gerichtlich abgethan sei.[1]) Ganz aus demselben Motive blieb aber auch dem

1) *Ribbentrop*, a. a O. S 248 ff giebt zu, dass, wenn unsere Stelle von der processualischen Consumtion verstanden werden müsste, worauf allerdings der Ausdruck „res in judicium deducta" sonst sehr bestimmt hinweise, daraus die juristische Identität der actio in solidum und noxalis von selbst folgen würde, indem sie dann nur verschiedene Modificationen einer zur Geltendmachung derselben Obligation dienenden Klage wären. Dem könne aber deshalb nicht also gewesen sein, weil sonst bei einem im Eigenthum Mehrerer stehenden Sklaven durch die Anstellung der Noxalklage gegen den einen die Noxalklage gegen den anderen, durch die Anstellung der actio in solidum gegen den einen die actio in solidum gegen den anderen, und endlich durch die Anstellung der actio in solidum gegen den einen auch die Noxalklage gegen den anderen sowie umgekehrt hätte consumirt werden müssen. Dies sei nun aber laut L. 5. pr. D. de nox. act. (9. 4) und L 17. pr. D. eod. nicht der Fall gewesen, — von diesen beiden Stellen wird später die Rede sein — und daher liesse sich denn eine Vereinigung dieser Stellen mit L. 4. §. 3. D. cit. nur durch die Annahme ermöglichen, dass, wenn der Sklave im Eigenthum Mehrerer stehe, durch die blosse Litiscontestation mit einem der Herrn der andere nie und also auch dann nicht befreit werde, wenn gegen beide Herrn nur die Noxalklage zustehe. Die Stellen, welche das Gegentheil zu enthalten schienen, würden also von der Befreiung nicht durch den blossen Process, sondern durch Erfüllung des Urtheils zu verstehen sein, wie dies in Bezug auf L. 9. D. de nox. act. (9. 4.) keinem Zweifel unterliege. — Allein diesen als möglich hingestellten Weg der Vereinigung verwirft *Ribbentrop*, indem er die L. 4. §. 3. cit. gar nicht von der processualischen Consumtion glaubt verstehen zu dürfen, weil eben der actio in solidum und der actio noxalis zwei ganz verschiedene Delictsobligationen, jener die des Herrn, dieser die des Sklaven zu Grunde gelegen hätten. Der Preis, um den er die processualische Consumtion trotz der zugegebenermassen technischen Ausdrücke für dieselbe: „res in judicium deducta", „exceptio rei judicatae", in L. 4. §. 3. cit. beseitigt, ist nun aber freilich ein hoher, nämlich der der Annahme, diese Worte dürften, ihrer normalen technischen Bedeutung völlig entkleidet, hier „blos factisch" aufgefasst werden, indem sie ausdrücken wollten, dass, wer mit der einen Klage einmal abgewiesen worden, auch mit der anderen nicht weiter gehört werde, ohne allen Bezug auf processualische Consumtion. — Das Gezwungene, Unnatürliche dieses Auswegs, der überdies, ganz abgesehen von dem damit Paulus gemachten Vorwurfe, zwei der typischsten römisch-juristischen Kunstausdrücke völlig ungehörig gebraucht zu haben, auf ein reines Postulat hinausläuft, war begreiflicher Weise nicht geeignet, in weiteren Kreisen Anhänger zu gewinnen. Und

die Klage versagt, welcher umgekehrt früher einem dominus ignorans gegenüber cum noxae datione geklagt und den Rechtsstreit verloren hatte, wenn er aufs Neue wider ihn als dominus

---

daher sehen wir denn auch eine Reihe von juristischen Autoritäten der Ribbentrop'schen Auffassung der L. 4. §. 3. cit. entgegentreten. Dahin gehört vor Allen *Brinz*, Krit. Blätter. IV. S. 15. dem „die Entwerthung jener beiden Termini (exceptio rei judicatae und rei in judicium deductae) doch zu gewagt erscheint", und der sie daher in ihrem gewöhnlichen Sinne verstanden wissen will. Nach ihm beruht die Verschiedenheit der actio noxalis gegen den dominus ignorans und der actio in solidum noxa detracta gegen den dominus conscius, für welche auch er mit der herrschenden Ansicht verschiedene Fundamente annimmt, 1. in der condemnatio, soferne sie dort auf die Bedingung der Nichtdedition, hier ohne diese Bedingung gestellt sei, 2. in der intentio, indem dort in ihr ausgeprägt gewesen sei, dass der dominus nur servi nomine hafte, („propter eum dare oportere." L. 42. §. 1. D. h. t.). Nach dem weiteren Inhalt dieser Stelle und dem der L. 5. §. 1. eod. werde es gewiss, dass die Klage gegen den conscius dominus ohne diesen Zusatz „propter eum" intendirte, wie er denn hier auch suo nomine haftete. Hiernach seien also beide Klagen nur durch diese adjectiones unterschieden, und dieser Unterschied wäre nicht so gross, dass die eine nicht die andere consumiren sollte. Das propter servum dare oportere verhalte sich zum blossen dare oportere wie der Theil zum Ganzen; wer also das letztere angesprochen, habe das erste mitverlangt. Nur um die Härte, welche aus der Consumtion für den Kläger habe entspringen können, zu mildern, sei es ihm, donec res in judicio agitatur, gestattet gewesen, von der actio mit noxae deditio zu der ohne dieselbe und umgekehrt ab- und überzuspringen. — Wie im Texte des Näheren ausgeführt, sprechen für die juristische Identität der actio in solidum und actio noxalis und folgeweise sowohl gegen die Ribbentrop'sche als auch gegen die vorstehende Brinz'sche Auffassung vorzugsweise zwei Gründe, einmal, dass die blosse conscientia et patientia domini als ein rein negatives Verhalten ausser Stande war, neben dem Delicte des Sklaven noch ein eigenes selbständiges Delict des Herrn ins Dasein zu rufen, das der actio in solidum zur besonderen Grundlage hätte dienen können, [Aliud est enim, auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere. L. 3. i. f. D. de nox. act. (9. 4.)] und dann, dass als ausschliessliches Streitobject bei beiden Klagen die vom Sklaven verwirkte litis aestimatio erschien, da es seit den XII Tafeln unter keinerlei Verhältnissen ein Recht des Klägers war, die noxae datio zu beanspruchen, sondern vielmehr nur eine Pflicht, sich dieselbe, wenn es dem Verklagten beliebt, gefallen zu lassen. L. 20. §. 5. D. de her. pet. (5. 3.) L. 6. §. 1. D. de re jud. (42. 1.) §. 2. I. de nox. act. (4. 8.) L. 1. pr. D. eod. (9. 4.) *v. Vangerow*, Pandekten. III. §. 689. sub. 2. S. 598 f. — Hiernach geschah also auch bei der actio noxalis der noxae datio in der intentio keinerlei Erwähnung, weil in ihr als ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, Gaius IV. 41. nur das eine

conscius detracta noxae deditione klagend auftreten wollte. Denn auch hier stand ihm in gleicher Weise die exceptio rei judicatae entgegen.

Stelle finden konnte, was einen Gegenstand des berechtigten desiderium actoris abgab, und dazu gehörte die noxae datio, weil sie eben nicht in obligatione, sondern nur in solutione war, d. h. sich als blosse Rechtswohlthat des Beklagten darstellte, in keiner Weise. L. 6. §. 1. D. de re jud. (42. 1.) — Ein: Si paret, Publium Maevium Lucio Titio decem aureos aut Stichum servum noxae dare oportere, war dem römischen Rechte unbekannt. Cf. L. 1. pr. i. f. D. de his qui effud. (9. 3.) Ulp. Praetor ait: .. Si servus insciente domino fecisse dicatur, in judicio (condemnationi) adjiciam: *aut noxae dedere.* — L. 5. §. 6. i. f. eod. L. 42. pr. D. de furt. (47. 2.) Pr. I. de nox. act. (4. 8.) Noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur aut litis aestimationem sufferre aut hominem noxae dare. (Von der angeblichen Fassung der Noxalklagen: „propter eum dare oportere" wird später die Rede sein.) —

Nicht ganz übereinstimmend mit vorstehender Auffassung ist *Karlowa*, Römischer Civilprocess zur Zeit der Legisactionen. S. 121. 122. — Derselbe giebt zwar zu, dass es zu dieser Zeit, so wie geschildert, gewesen sein könne, statuirt aber daneben doch die Möglichkeit, dass die facultas noxae dedendae in der intentio Erwähnung gefunden habe, nur müsse dann aus der Fassung zu erkennen gewesen sein, dass die noxae datio nicht alternativ in obligatione, sondern in solutione sei. Allein was sollte die Römer bewogen haben, der facultas noxae dedendae des Beklagten, da sie nun doch einmal kein Bestandtheil des desiderium actoris war, in der intentio Erwähnung zu thun, wenn zugleich angedeutet werden musste, dass sie eigentlich nicht in dieselbe gehöre? Aus der vorgeschlagenen Fassung: Aio te propter servum Stichum noxiam sarcire oportere aut noxam dedere, würde man nicht haben entnehmen können, dass das noxae dedere nicht in obligatione, sondern in solutione gewesen sei, wohl aber das Gegentheil, da das oportere sprachlich auch auf das noxae dedere bezogen werden muss. Die einzige Stelle für die Ermächtigung des Beklagten zur noxae datio war eben die condemnatio, und auch da nicht, so dass ihrer darin als des alternativen Objectes derselben gedacht worden wäre, wie *Zimmern*, Noxalklagen. §. 47. S. 156. behauptet, („Klage und Urtheil ist mithin alternativ"), sondern vielmehr so, dass der Prätor den Judex anwies, den Beklagten zunächst in die pecuniaria aestimatio zu verurtheilen, ihm dann aber durch den Zusatz zur condemnatio (in judicio adjiciam) aut noxae dedere L. 1. pr. cit., das Recht vorzubehalten, sich durch Herausgabe des Sklaven von dieser condemnatio pecuniaria zu befreien. *Ribbentrop*, a. a. O. S. 255. N. 14. *v. Vangerow*, a. a. O. *Francke*, Commentar über den Pand. Titel: De her. pet. S. 219. *K. O. Müller*, Die Eviction. S. 261. *Fuchs*, Von der Litisdenuntiation, im Arch. f. prakt. R. W. II. S. 384. Anm. *Karlowa*, a. a. O. S. 120. 121. — Auf diese Art war also die noxae datio trotz ihrer Erwähnung in der condemnatio als pars formulae

So wie geschildert, verhielt sich die Sache nach L. 4. §. 3. D. cit., wenn das frühere Judicium durch ein absolutorisches Urtheil bereits abgethan war. War es dagegen noch im Gange, (donec

---

von Seiten des Prätors doch kein alternativ mit der litis aestimatio in Anspruch zu nehmender Gegenstand der condemnatio des judex, (Gaius IV. 44. item condemnatio sine . . . intentione . . nullas vires habet,) sondern nur ein die facultas noxae dedendae quam reus e lege accipit wahrender, sich an die condemnatio pecuniaria unmittelbar anschliessender Zusatz, trotz dessen die Judicalsklage ausschliesslich auf die litis aestimatio gerichtet blieb. L. 6. §. 1. D. cit. Ulp. Decem aut noxae dedere condemnatus judicati in decem tenetur; facultatem enim noxae dedendae e lege accipit. . . . Judicium solius noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo judicati decem agitur, his enim solis condemnatur; noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur. — L. 20. §. 5. D. de her pet. (5. 3.) Ulp. verb. tamdiu quis habet noxae dedendae facultatem, quamdiu judicati conveniatur; post susceptum judicium non potest noxae dedendo se liberare. L. 2. C. de nox. act. (3. 41.) Gordian: verb. domini ignorantes vel prohibentes, si noxali actione conveniantur, ita condemnari debent, ut aut noxae dedere aut condemnationem sufferre habeant in sua potestate. (Man merke wohl: das noxae dedere bildet den Gegensatz der condemnatio.) Vgl auch Pr. I. si quadr. p. f. d. (4. 9.) — Diesen sehr bestimmten Quellenaussprüchen gegenüber scheinen allerdings andere der gegnerischen Auffassung, wornach bei Noxalklagen Klage und Urtheil alternativ auf litis aestimatio oder noxae datio gelautet haben soll, günstig zu sein, und in der That werden sie denn auch von *Zimmern*, S. 157. 158. zu diesem Beweise benutzt. Dahin gehört vor allen Paulus Sent. rec. I. 15. 1. In dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupedem dedat; ferner §. 1. I. de off. jud. (4. 17.) Ideoque si noxali judicio addictus est, observare debet, ut, si condemnandus sit dominus, ita debeat condemnare . . Publium Maevium . . Lucio Titio in decem aureos condemno aut noxam dedere, und endlich L. 42. pr. D. de furt. (42. 2.) verb. vulgaris formula in dominum danda est, ut, quod alteri admisit, duntaxat de peculio, quod ipse exercitor, adjiciatur, ut noxa dederet. Ausser den vorstehenden, von Zimmern benutzten Stellen kann man auch noch die Paulinische L. 19. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) hinzufügen, indem darin von cum noxae deditione damnari, ja sogar von ad noxam dedere vicarium damnari die Rede ist. — Allein alle diese Aussprüche sind nicht im Stande an dem früher gewonnenen Resultate etwas zu ändern, vielmehr erklären sie sich einfach daraus, dass der noxae datio stets in der condemnatio Erwähnung zu geschehen hatte und es also insoferne nahe lag, von einer Verurtheilung zu derselben zu sprechen, als der judex dem Beklagten ja auferlegte, entweder die litis aestimatio zu entrichten oder den delinquirenden Sklaven noxae zu geben, ohne aber darum dieser letzteren eventuellen Auflage ihren Charakter als einer blossen facultas

autem prius judicium agitatur etc.), so stand es dem Kläger, sobald er merkte, dass er mit dem Beweise der behaupteten conscientia domini nicht durchkommen würde, selbst in judicio noch

---

actoris zu nehmen. §. 31. I. de act. (4. 6.) verb. Actiones arbitrarias appellamus, in quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti .. ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. — Dafür, dass die noxae datio nicht als alternatives Object der condemnatio judicis aufgefasst werden darf, sprechen, von den obigen schlagenden Stellen abgesehen, auch noch folgende Gründe: 1. Was nicht Bestandtheil der intentio war, konnte auch kein solcher der condemnatio sein, weil es nicht in judicium deducirt war. L. 18. D. comm. div. (10. 3.) ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest. — 2. Die Zeit des classischen Rechts kannte keine andere condemnatio als eine ad pecuniariam aestimationem concepta, Gaius IV. 48. und die Verurtheilung zur noxae datio wäre doch keine solche gewesen. — 3. Eine Verurtheilung zu alternativen Leistungen erscheint nur da möglich, wo jede einzelne derselben auch für sich den Gegenstand einer Forderung bilden kann, die aber in concreto in eine alternative Verbindung gebracht, beide in obligatione sind. L. 6. §. 1. D. cit. At is qui stipulatus est decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt eaque singula separatim stipulari possumus. Diese Voraussetzung fehlte nun aber bei der durchs Gesetz gewährten noxae datio, (quia) judicium noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. L. 6. §. 1. D. cit. — Darüber, dass die actiones noxales als solche keine actiones arbitrariae waren, d. i., dass die condemnatio nicht ausdrücklich vom arbitratus judicis der noxae datio in jedem einzelnen Falle abhängig gemacht worden ist, kann trotz §. 31. I. de nox. act. (4. 6.) kein Zweifel herrschen, vgl. *Zimmern*, a. a. O. §. 49. S. 163 f., darum bleibt aber doch wahr, dass sie im Effecte insoferne mit den actionibus arbitrariis auf Eins hinausgekommen sind, als die auf Prästation der litis aestimatio lautende condemnatio erst zum Vollzug kam, wenn von der gesetzlich zustehenden facultas noxae dedendae kein Gebrauch gemacht war. L. 141. D. quod famil. public. furt. fec. dic. (39. 4.) *Rudorff*, Edict. perpet. §. 141. p. 138. *v. Bethmann-Hollweg*, Röm Civilprocess. II. §. 94. S. 288. N. 62. S. 291. N. 76. §. 100. S. 416. N. 44. Wirkliche actiones arbitrariae waren die Noxalklagen aber entschieden dann, wenn sie auch als Delictsklagen gegen Freie arbiträre Klagen waren, wie die actio quod metus causa und actio doli. *Zimmern*, a. a. O. *Schrader* ad §. 1. I. cit. *v. Savigny*, System. V. S. 133. N. s. — *v. Bethmann-Hollweg*, a a. O. §. 94. S. 291. nimmt als wahrscheinlich an, dass auch die actiones de pauperie und de pastu arbitrariae gewesen seien.) War nach Vorstehendem das Klagefundament, (delictum servi), das Petitum, (litis aestimatio) und der eigentliche Gegenstand der condemnatio, (litis aestimatio) bei beiden Klagen, der actio in solidum und noxalis, ganz dieselben, und der sich bei letzterer an die condemnatio anschliessende Zusatz: aut noxae dare nur die Folge der dem dominus ignorans schon gesetzlich zustehenden

frei zur causa noxalis überzugehen, sowie umgekehrt die conscientia domini nachzuweisen, nachdem er bisher noxaliter geklagt hatte. Und auch von dieser, unter Voraussetzung zweier

---

Rechtswohlthat, sich der Urtheilsbefolgung durch Hingabe des delinquirenden Sklaven zu entziehen, so wird man nicht umhin können, der seit *Keller*, Commentatio ad L. 32. D. de peculio p. 52. herrschenden, sich auf L. 42. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) [Ulp. Si quis pro servo mortuo ignorans eum decessisse noxale judicium acceperit, absolvi debet, quia desiit verum esse, propter eum dare oportere; (Mommsen) cf. L. 20. pr. D. de interr. (11. 1.)] stützenden, in den letzten hervorgehobenen Worten die Fassung der actionis formula erkennenden Ansicht, wornach die intentio bei der actio noxalis auf: propter eum (servum) dare oportere, bei der actio in solidum blos auf: dare oportere gelautet haben soll, die Zustimmung zu versagen, weil diese Verschiedenheit der Fassung der intentio bei beiden Klagen, so unbedeutend sie auch an sich ist, immerhin auf zwei verschiedene Klagfundamente der actio noxalis und in solidum hinweisen soll, bei jener (propter eum) auf das Delict des Sklaven, bei dieser (propter dominum) auf das delictum conscientiae des Herrn, welches letztere aber, wie gezeigt, als solches gar nicht existirt hat. Geht man von einer Verschiedenheit der Klagfundamente aus, gleichviel ob sie blos in vorstehender kurzer adjectio formulae oder in ausführlicherer Fassung zum Ausdruck gekommen, so wird immerhin unerklärlich bleiben, wie lite contestata in judicio von einer Klage zur anderen beliebig übergegangen werden konnte? — Dass Billigkeitsrücksichten diese Abnormitäten hervorgerufen, wird nirgends angedeutet, und auch darin, dass bei dem blossen dare oportere und dem propter servum dare oportere sich das Verhältniss des Ganzen zum Theile geltend mache, kann die Lösung dieser Frage nicht wohl gefunden werden, weil durch den Zusatz propter eum ja nicht auf das Condemnationsobject, sondern auf das Klagefundament, das delictum servi im Gegensatze des Vergehens des Herrn, conscientia, hingewiesen sein soll, und das dare oportere in beiden Fällen, wie gezeigt, ganz denselben Gegenstand hat, die volle litis aestimatio, von der sich Beklagter in causis noxalibus, nur wenn er will, frei machen kann. Wo ist da das Ganze, wo der Theil? — Aber auch das kann man vom Standpunkte der Gegner nicht füglich sagen, dass, wer das blosse dare oportere angesprochen, das propter eum dare oportere mitverlangt habe, denn das würde darauf hinauskommen, dass, wer seine Klage auf die Wissenschaft des Herrn gegründet habe, gleichzeitig von der Voraussetzung seiner Nichtwissenschaft ausgegangen sei, oder, was dasselbe, dass, wer ausschliesslich die Entrichtung der litis aestimatio beantragt, gleichzeitig seine Forderung auf noxae datio gestellt habe, was in sich widersprechend ist, ganz abgesehen davon, dass, wie gesagt, das noxam dedere niemals ein Object des klägerischen Antrags sein konnte. — Auf eine andere Weise sucht *E. I. Bekker*, Processualische Consumtion. S. 259. vgl. S. 231. 233., der die actio noxalis auf das Delict des Sklaven, die actio in solidum auf das Quasidelict des Herrn gründet,

verschiedener Klagfundamente der actio in solidum und noxalis unerklärbaren Erscheinung ist der Grund wieder kein anderer als die Identität der bei beiden Klagen auf die durchs Sklaven-

---

unsere L. 4. §. 3. D. cit. zu erklären, indem er also argumentirt: Weil die Klage in die andere beliebig übergeleitet werden konnte, deshalb lag es nahe, die angestellte Klage immer als auf beide Klagfundamente beruhend zu betrachten und anzunehmen, dass jeglicher Anspruch des Klägers an den Beklagten durch je eine dieser Klagen in judicium deducirt werde. — Allein auch dieser Argumentation kann man nicht beistimmen. Ihr zufolge soll die eine Abnormität, dass durch Anstellung der einen von zwei gesetzlichen dargebotenen, auf verschiedenen Fundamenten basirten Klagen jedesmal zugleich auch die andere in judicium deducirt worden sei, durch eine zweite Abnormität erklärt werden, dass die eine Klage in die andere habe beliebig übergeleitet werden können, statt dass gerade umgekehrt zunächst hätte gezeigt werden sollen, auf welche Weise diese Hinüberleitung gegenüber von Quellenaussprüchen wie die in L. 18. D. comm. div. (10. 3.) L. 23. D. de jud. (§. 1.) vom civilprocessualischen Standpunkte aus möglich gewesen ist. — *Heffter* in s. Institutionen des Civilprocesses S. 298. 299. will dies daraus erklären, dass nur in solchen Fällen, in denen, wie auch in L. 4. §. 3. D. cit. bei der actio in solidum und noxalis mehrere Klaggründe eine und dieselbe Formel gehabt hätten, man von dem einen auf den andern in judicio noch habe übergehen können; allein bei wirklicher Verschiedenheit der Klagegründe würde es wunderbar gewesen sein, dass ihrer in der actionis formula auch nicht einmal mit einer Silbe gedacht worden wäre.

Die einzig befriedigende Erklärung dieser Erscheinung ist vielmehr die, dass man, wie im Texte geschehen, von der juristischen Identität beider Klagen ausgeht. Die Conception der actionis formula für die Fälle eines furtums des Sklaven wird dieselbe noch anschaulicher machen: im Falle der conscientia domini: Si paret, Aulo Agerio a Sticho, qui in potestate Numerii Negidii est, furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Aulum Agerium pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res est, eius duplum Numerium Negidium condemna, si non paret, absolve; Gaius IV. 57. *P. Krüger*. Processualische Consumtion, S. 98. und ganz ebenso war die formula im Falle der nescientia domini concipirt, nur dass hier die condemnatio den Zusatz: aut noxae dedere erhielt, L. 1. pr. i. f. D. de his qui effud. (9. 3.) Ulp. Si servus insciente domino (e. gr. furtum) fecisse dicatur, in judicio adjiciam: aut noxae dedere. Vergl. *Heffter*, Institutionen des Civilproc. S. 298. 299. N. 93. [Gegen *Dietzel* in Bekker's und Muther's Zeitschrift des gem. d. R. II. S. 418., der die Noxalklagen in der intentio auf den Sklaven lauten lässt, vergl. *v. Keller*, ebend. III. S. 179. N. 27. in Verbindung mit dessen Comment. ad L. 32. pr. §. 1. f. de peculio, p. 52. *Denselben*, Ueber Litiscontestation und Urtheil. S. 52. und Röm. Civilproc. §. 68. 5. Wach'sche Aufl. S. 334. *v. Bethmann-Hollweg*, Röm. Civilpr. II. §. 100. S. 415. N. 42. 43. *E. I. Bekker*, Aktionen I. S. 189. N. 10.]

delict verwirkte litis aestimatio gerichteten intentio, da, wie gezeigt, die blosse conscientia kein selbständiges Delict zu begründen im Stande war, und die noxae datio in causis noxali-

---

Fand sich der Zusatz: aut noxae dedere in der actionis formula vor, so sah der judex sofort daraus, dass der Kläger vor dem Prätor die nescientia domini unterstellt hatte; fehlte er aber darin, so war dies das Beweiszeichen, dass der Kläger von der conscientia domini ausgehend die actio in solidum angestellt hatte, und dann hielt ihn der judex an, die in jure behauptete Mitwissenschaft des Herrn nunmehr in judicio zu beweisen. Merkte der Kläger hierbei, dass er mit seinem Beweise nicht zum Ziele komme, so liess er einfach seine Behauptung der conscientia fallen. Bas. LX. 5. cap. 40. An seiner auf Entrichtung der durch das delictum servi verwirkten litis aestimatio lautenden intentio ward hierdurch nichts geändert, sondern der judex fügte vielmehr dann seiner condemnatio nur die adjectio: aut noxae dare hinzu, wozu er keiner prätorischen Ermächtigung in der actionis formula bedurfte, weil der noxalverklagte dominus nesciens auf noxae datio schon einen gesetzlichen Anspruch hatte, L. 6. §. 1. D. de re jud. (42. 1.) noxae deditio . . e lege tribuitur, und es daher schon zum officium judicis noxali judicio addicti gehörte, dieselbe in sein Urtheil aufzunehmen. Pr. I. de off. jud. (4. 17.) Superest, ut de officio dispiciamus. Et quidem inprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam (quod) legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. §. 2. Ideoque si noxali judicio addictus est, observare debet, ut si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare: Publium Maevium Lucio Titio in decem aureos condemno aut noxam dedere.

Boten sich dagegen umgekehrt noch während des Verfahrens in judicio dem in jure mit der Noxalklage Aufgetretenen Anhaltspunkte für den Nachweis der conscientia domini dar, so liess ihn der judex nun auch noch zu diesem zu, da hierdurch gleichfalls an der auf die durch das Sklavendelict verwirkten litis aestimatio gerichteten intentio nichts geändert, sondern nur bezweckt ward, dass der judex in seiner condemnatio den Zusatz: aut noxae dedere hinweglasse, worauf umgekehrt der Kläger dem dominus conscius gegenüber einen gesetzlichen Anspruch hatte. War freilich der Kläger mit seinem auf die litis aestimatio gerichteten Anspruche nach Anstellung der einen Klage bereits abgewiesen, so erschien es nun selbstverständlich nicht mehr möglich, noch einmal mit der anderen wirksam aufzutreten, weil eben die actio in solidum nicht auf die conscientia domini als ein selbständiges Delict des Herrn, die actio noxalis auf das delictum servi basirt, sondern über die durch das eine Sklavendelict nur einmal verwirkte litis aestimatio endgültig Recht gesprochen war, res in superius judicium deducta et finita erat, und folgeweise dem de eadem re abermals klagend Auftretenden die exceptio rei judicatae entgegenstand.

Fragt man schliesslich, wie die actio in solidum gegen den dominus conscius concipirt gewesen sein möchte, wenn das Eigenthum am delinquirenden Sklaven bereits auf einen Anderen übertragen oder letzterer ge-

bus nicht in obligatione (pro actore), sondern in solutione (pro reo), d. h. also kein Recht des Klägers und also auch kein Bestandtheil der intentio, sondern eine schon durch die XII Tafeln an- und zuerkannte facultas des Beklagten war, L. 6. §. 1. D. de re jud. (42. 1.), auf welche der Prätor den judex bei Conception der formula durch den Zusatz: aut noxae dare nur hinzuweisen brauchte, um ihm damit anzuzeigen, dass der Beklagte non suo, sondern servi nomine in Anspruch genommen sei. Gerade weil aber die noxae datio nicht erst durch den Prätor bewilligt werden musste, sondern dem Beklagten schon von Gesetzes wegen zustand, (noxae deditio e lege tribuitur, L. 7. §. 1. D. cit.), konnte auch der Geschworene kraft seines officium judicis, Pr. §. 1. I. de off. jud. (4. 17.), falls der Kläger vor beendigtem Verfahren von der actio noxalis zur actio in solidum oder umgekehrt übergieng, trotz der prätorischen Hinweisung auf die noxae datio am Schlusse der condemnatio als pars formulae in seiner Verurtheilung den Zusatz: aut noxae dare hinweglassen, oder umgekehrt, wenn er in jener fehlte, in dieser hinzusetzen, je nachdem sich im Laufe des Verfahrens herausstellte, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur noxae datio mangelten oder vorhanden waren.

Wie nach allem Vorhergehenden einleuchtet, erscheinen die dem XII Tafelrechte noch unbekannten, erst nach der Lex Aquilia aufgekommenen Gegensätze: actio noxalis und in solidum, servi nomine und suo (domini) nomine agere, cum noxae datione und detracta noxae deditione agere, nichts weniger als geeignet, zum Beweise zweier dem Fundamente nach verschiedenen auf das Delict des Sklaven und auf die conscientia domini als eines selbständigen Delictes des Herrn gebauter Klagen zu dienen [1]),

---

storben war, so dürfte in dem Passus der obigen Formula: Si paret, Aulo Agerio a Sticho, qui in potestate Numerii Negidii est, die Aenderung des einzigen Wörtchens est in erat genügt haben, um zweckentsprechend zu erscheinen, weil der judex eines Theils aus dem Wegbleiben des Zusatzes: aut noxae dare entnahm, dass der Kläger gegen den dominus conscius die actio in solidum angestellt hatte, anderen Theils aus dem Imperfectum: erat ersah, dass der servus Stichus gegenwärtig, d. i. im Momente der Litiscontestation nicht mehr in der Gewalt des Beklagten ist resp. gewesen ist.

1) Auf Grund unrichtigen Verständnisses der L. 4. §. 3. D. cit. ist dieses Gesetz von der Zeit der Glossatoren an (vgl. *Buchka*, Die Lehre vom Einflusse des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss. II. S. 83 f.)

da, wie gezeigt, beiderlei actiones in gleicher Weise auf die mit dem dominium verbundene, im Falle der conscientia nur noch erhöhte Verantwortlichkeit des Herrn für die Delicte seines Sklaven basirt sind. Werden doch auch beide Klagen in den Quellen von Ulpian wiederholt als actiones noxales zusammengefasst[1]) und von Paulus in L. 24. D. de nox. act. (9. 4.) die Klage adversus eum qui dolo fecit, quominus (servum) in potestate haberet, actio noxalis genannt, obwohl sie doch selbstverständlich eine actio in solidum ist.

Bei dieser Sachlage erklären sich die obigen Ausdrücke einfach daraus, dass der aus einem Sklavendelicte klagend Auf-

---

bis in die neuere Zeit (vgl. *Mühlenbruch*, Grundriss des Civilproc. 2. Aufl. §. 241. S. 118. *Bayer*, Civilproc. 7. Aufl. S. 214. *Martin*, Civilproc. §. 103. N. i. *Heffter*, Institutionen des Civilpr. S. 298. 299. N. 3.) in die Controverse, ob und inwieferne im römischen Processe eine mutatio libelli erlaubt gewesen sei, hereingezogen worden, obwohl bei der juristischen Identität der actio in solidum und der actio noxalis in unserer Stelle von Klageänderung gar keine Rede ist. Demnach erscheint sie denn auch selbstverständlich ungeeignet, im Widerspruche mit dem anerkannten Rechtssatze, dass zur Zeit des ordo judiciorum privatorum [im Gegensatze der Justinian's, welcher in eodem judicio cognita veritate errorem corrigere et aliud pro aliud intendere, erlaubt, §. 35. I. d. act. (4. 6.) Theoph. ad h. l. L. 3. C. de edendo (2. 1.)] nach constituirtem Judicium eine mutatio libelli unstatthaft gewesen, [L. 23. 74. pr. D. de jud. (5. 1.) Gaius IV. 55. verb. eumque ex integro agere posse. Sen. Ep. 117. 4. Primo vinculo tenentur et mutare illis formulam non licet. Cf. L. 26. §. 5. D. de nox. act. (9. 4.)] zu dem Beweise benutzt zu werden, wozu man sie benutzt hat, dass schon zu Paulus Zeiten die Aenderung der Klage, so lange der Process noch nicht beendigt, ganz generell oder doch ausnahmsweise zulässig gewesen sei. Ueber die ganze Controverse vgl. *Glück*, Pand. Com. VI. §. 504. namentlich S. 210. 211. *Buchka*, a. a. O. II. §. 18. S. 81. besonders S. 82. 83.

1) L. 1. §. 1. D. si familia furtum fecisse dicetur (47. 6.) Ulp. Ceterum si sciente (domino furtum factum est,) facultas ei non erit data; nam et suo nomine et singulorum nomine conveniri potest noxali judicio. — L. 3. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. In omnibus noxalibus actionibus, ubicunque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si quum prohibere potest, non prohibuit. — Vgl. auch Bas. LX. 5. Cap. 46. *Ἐπὶ μέντοι τῶν ἰδιοτικῶν ἁμαρτημάτων, αἱ νοξαλίαι κινοῦνται κατὰ τῶν δεσποτῶν, εἰ μὲν συνήδεισαν πάντως εἰς τὸ διαφέρον· εἰ δὲ ἠγνόουν ἢ ἠναντιοῦντο, κατὰ τὴν φύσιν τῶν νοξαλίων.* etc. (At ex privatis delictis in dominos noxales actiones intenduntur, si scierint, omnino in id quod interest: si ignoraverint vel prohibuerint, secundum naturam noxalium etc.)

tretende sich vor dem Prätor (in jure) darüber zu äussern hatte[1]), ob er mit der einen ihm ex servi delicto zustehenden Klage den Herrn unter Bezugnahme auf seine innere Stellung zu dem vorliegenden Delicte als mitwissenden Eigenthümer, d. i. suo nomine oder ohne solche Bezugnahme einfach als Eigenthümer, d. i. servi nomine zur Verantwortung ziehen wolle, weil es von dieser Erklärung abhieng, ob der Prätor bei Conception der im Uebrigen in beiden Fällen gleichlautenden actionis formula, ohne einen desfallsigen Antrag des Klägers abzuwarten[2]), den Zusatz: aut noxae dare hinzuzufügen hatte oder nicht. Das Edict des Prätors lautete: „Wenn behauptet werden wird, der Sklave habe ohne Wissen seines Herrn die That vollbracht, so werde ich, Prätor, für den judex in der formula (in judicio) die Worte: aut noxae dare hinzufügen", L. 1. i. f. D. de his qui effuderunt (9. 3.) Ulp. Lib. XXIII. ad Ed. Si servus insciente domino

---

1) Vorzugsweise drei vom Kläger behauptete Thatsachen waren es, die bei einer Klage ex servi delicto gegen den Herrn von letzterem bestritten werden konnten: seine, des Beklagten, dominica potestas, das Delict des Sklaven und seine, des Beklagten, conscientia et patientia zur Zeit des begangenen Delicts. — Läugnete der Beklagte nur den Besitz des Sklaven, gab aber seine dominica potestas zu, so stand dies dem judicium noxale nicht im Wege, (nam) etiam absentes defendi posse placuit. L. 21. §. 1. L. 22. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.) — Bestritt der Beklagte dagegen seine dominica potestas, so konnte der Kläger von ihm die eidliche Bestätigung seiner Behauptung verlangen; ward diese gegeben, so erfolgte Freisprechung, gegenfalls Verurtheilung. Zog der Kläger vor, die geläugnete dominica potestas selbst nachzuweisen, so wurde der Beklagte im Falle des Gelingens in solidum verurtheilt, im Falle des Misslingens freigesprochen. L. 21. §. 2. L. 22. §. 4. D. de nox. act. (9. 4.) (Das Nähere s. weiter unten im §. 9.) — Räumte der Beklagte sein Eigenthum am delinquirenden Sklaven ein, läugnete dagegen das ihm zur Last gelegte Delict, so hatte der Kläger dasselbe in judicio nachzuweisen, ohne dass, wenn dieser Beweis gelang, der Beklagte der noxae datio verlustig gegangen wäre. — Gab der Beklagte seine dominica potestas und das Delict seines Sklaven zu, stellte aber seine vom Kläger behauptete conscientia et patientia in Abrede, so hatte jener diese zu beweisen, und vom Gelingen oder Misslingen dieses Beweises hieng es ab, ob der Beklagte in solidum verurtheilt oder der Kläger abgewiesen wurde und letzterer die Klage dann auch nicht noch einmal als actio noxalis aufnehmen konnte. L. 4. §. 3. D. de nox. act. (9. 4)

2) L. 42. pr. D. de furt. (47. 2.) Paulus: verb. vulgaris formula in dominum danda est, ut . . . adjiciatur, ut noxae dederet. L. 1. pr. D. de his qui effud. (9. 3.)

FECISSE DICETUR, IN JUDICIO ADIICIAM: AUT NOXAE DARE. cf. L. 5. §. 6. D. eod. Ulp. l. c. QUI ADVERSUS EA FECERIT, IN EUM SOLIDORUM DECEM IN FACTUM JUDICIUM DABO, SI SERVUS INSCIENTE DOMINO FECISSE DICETUR, AUT NOXAE DEDI JUBEBO.

Nach dieser generellen Zusage des Prätors gegen den dominus insciens die actio noxalis s. cum noxae datione geben zu wollen, gegen den dominus conscius die actio in solidum s. detracta noxae datione, bedurfte es übrigens nicht einmal einer ausdrücklichen Erklärung des Klägers über die conscientia oder ignorantia des Beklagten in jure, vielmehr genügte es für ihn schon, nachdem er mit dem Beklagten vor dem Prätor erschienen war, auf den einschlagenden Passus des Edictes hinzuweisen. L. 22. §. 4. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus Lib. XVIII. ad Ed. Si negavit dominus, in sua potestate esse servum, permittit Praetor actori arbitrium, utrum jurejurando id decidere, an judicium dictare sine noxae deditione velit, etc. Cf. L. 1. §. 1. D. de edendo (2. 13.) Ulp. Lib. IV. ad Ed. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album, et demonstret, quod dicturus est, vel id dicendo, quo uti velit. L. 6. § 7. eod. Ulp. l. c. Edi autem est vel dictare vel tradere libellum vel codicem proferre.

Zweite Abtheilung.

Die actio ex servi delicto in solidum und noxalis verschiedenen Beklagten gegenüber.

§. 5.

Einleitung.

Uebersicht der in Betracht zu ziehenden Fälle.

Nicht so einfach, wie die Sache nach Vorstehendem in Betreff der actio in solidum und noxalis gegenüber einem und demselben dominus liegt, verhält es sich, wenn die ex servi delicto zu Belangenden verschiedene Personen waren [1]), was sich vorzugsweise in nachfolgender Weise ereignen konnte, nämlich:

1) Die Frage, ob, falls ein und dasselbe Sklavendelict gegen Mehrere eine Klage ins Dasein ruft, ein Verhältniss der Correalität oder der blossen Solidarität vorliegt, ist bekanntlich sehr bestritten. Es liegt ausser den Zielen gegenwärtiger Abhandlung auf diese Frage gegenwärtig näher einzugehen, weil sie nur im Zusammenhange mit der ganzen Lehre erfolgreich behandelt werden könnte. Vgl. übrigens *Buchka*, Die Lehre des Einflusses

I. wenn der dominus conscius, ohne von der actio noxalis bedroht zu sein, seine dominica potestas auf einen Anderen übertragen hatte.

II. wenn der Beklagte mit der actio noxalis belangt und in jure befragt zugab, Eigenthümer des delinquirenden Sklaven zu sein, während er es in Wirklichkeit nicht war.

III. wenn der von der actio noxalis Bedrohte die dominica potestas über den delinquirenden Sklaven dolo malo durch Veräusserung aufgegeben hatte, um auf diese Weise der Noxalklage zu entgehen.

IV. wenn das Delict von einem servus communis an einem Dritten begangen worden ist.[1])

§. 6.

I. Von den Fällen, in denen der dominus conscius, ohne von der actio noxalis bedroht zu sein, seine dominica potestas auf einen Anderen übertragen hatte.

L. 7. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) L. 17. pr. D. eod. — L. 11. §. 12. D. de act. emti (19. 1.)

---

des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss. 1846. I. S. 114 ff. *Brinz*, a. a. O. S. 14. 15. *Kuntze*, Die Obligation und die Singularsuccession. (1856.) S. 231. *v. Helmolt*, Die Correalobligation. (1857.) S. 44. 48 ff. *Fitting*, Die Natur der Correalobligation. 1859. S. 13. *Samhaber*, Zur Lehre von der Correalobligation. (1861.) S. 178.; auch *v. Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten. III. §. 573. Anm. 2. No. 4. Siebente Aufl. S. 68. — *Baron*, Gesammtverhältnisse. S. 268. hält das Verhältniss mehrerer Gewalthaber eines Sklaven untereinander für das von Solidarschuldnern und zwar zweiter Gattung, d. h. einer Solidarobligation auf Grund von Handlungen und zwar verpflichtender Handlungen. S. 218. 274.

1) Hatte der servus communis des A und des B den Sklaven des B getödtet, so stand dem B gegen den A, falls die Tödtung mit dessen Willen geschehen war, die actio Legis Aquiliae (directa) auf Ersatz zu; war sie dagegen ohne seinen Willen geschehen, so sollte man denken, B könne den A nun mit der actio Legis Aquiliae noxalis belangen und letzterer sich durch die noxale Abtretung seines Antheils am delinquirenden Sklaven vom Schadensersatz befreien. Dem ist aber nicht also, ne sit in potestate servi, ut tibi soli serviat. Vielmehr erscheint die actio noxalis ausgeschlossen und der A muss dem B auch hier die litis aestimatio entrichten. L. 27. §. 1. D. ad Leg. Aq. (9. 2.) — Ist der servus communis des A und des B vom Sklaven des C getödtet worden, so steht den beiden ersteren die Delictsklage auf ihren ratirlichen Theil der litis aestimatio gegen den C zu. Dieser kann sich aber, wenn Einer der Miteigenthümer klagend gegen ihn

Ein hierher gehöriger, vom Kaufe auf sämmtliche Uebertragungsacte anwendbarer Fall ist in der Ulpianschen L. 7. §. 1. D. cit. Lib. XXXVII. ad Ed. enthalten, die also lautet: Pomponius ait, si emtor noxali conventus sit, venditorem, quo sciente factum est, conveniri jam non posse.

Hiernach war also gegen den Verkäufer als früheren, im Momente der That mitwissenden dominus die actio ex servi delicto in solidum, gegen den Käufer als jeweiligen Eigenthümer die actio noxalis begründet. Sobald aber der emtor noxali conventus erat, d. h. sobald ihm gegenüber lis contestirt war, erlosch durch die letztere Klage die erstere, aber ebenso auch umgekehrt. Und der Grund dieses wechselseitigen Erlöschens war der, weil die bis zum Momente des Verkaufs gegen den dominus sciens gerichtete actio ex servi delicto mit ihren beiden von der Wahl des Klägers abhängigen Modificationen als actio in solidum oder noxalis durch den Verkauf nicht aufgehört hatte, eine und dieselbe Klage zu sein. Was sich geändert, war vielmehr nur dies, dass sich von nun an zwei in die Verpflichtung zur Uebernahme dieser einen Delictsklage insoferne theilten [1]), als es jetzt dem Kläger freistand, dieselbe als actio noxalis qualificirt gegen den jetzigen dominus, oder als actio in solidum charakterisirt gegen den früheren mitwissenden Eigenthümer zur Zeit der That geltend zu machen, indessen doch nur so, dass sich für ihn der eine dieser zwei Wege verschloss, sobald der andere bereits bis zur Litiscontestation beschritten war, weil dann die einzig vorhandene electiv gegen Zwei zu richtende actio ex servi delicto consumirt erschien, und daher vom Standpunkte des römischen Civilrechts aus keine Möglichkeit vorlag, sie zum zweiten Male anzustellen. —

Während bei dieser wechselseitigen Consumtion das Erlöschen der actio noxalis gegen den Käufer durch Anstellung der actio in solidum gegen den Verkäufer von selbst einleuchtet, könnte es auf den ersten Blick auffällig erscheinen, dass auch mit der Anstellung der gegen den unschuldigen Herrn gerichteten actio noxalis die Möglichkeit aufgehört hat, noch nachträglich den am Sklaven-

auftritt, nur durch noxae datio in solidum frei machen, quia haec res divisionem non recipit. L. 27. §. 2. D. eod.

1) L. 20. pr. D. de interrog. i. j. (11. 1.) verb. in persona servi duo tenentur.

delicte mitbetheiligten dominus conscius zu belangen [1]), da auf solche Weise des letzteren Verschuldung ungesühnt blieb. Allein dieses Bedenken verschwindet, wenn man sich auch hier wieder vergegenwärtigt, dass durch das rein negative Verhalten des dominus conscius, (quum prohibere posset, non prohibuit, patitur delinquere, L. 3. D. eod.), ausser dem Sklavendelicte nicht noch ein zweites selbständiges Delict des Herrn ins Dasein gerufen, sondern dieser zur grösseren Sicherstellung des vom Sklavendelicte Betroffenen nur in sachlich und zeitlich erweitertem Umfange mit der einzigen aus dem Sklavendelicte erwachsenen Klage wegen desselben zur Verantwortung gezogen wurde, — eine Verantwortung, die selbstverständlich mit dem Verluste dieses einzigen Mittels dieselbe geltend zu machen, d. h. mit der processualischen Consumtion der dazu dienenden Delictsklage erlöschen musste.

So wie geschildert, war der Stand der Dinge nach römischem Civilrechte. Dabei konnte aber dem Prätor nicht füglich entgehen, dass derselbe unter einer Voraussetzung möglicher Weise zu einer unverkennbaren Härte führte, und dies war die, dass der mit der Noxalklage belangte zeitige Eigenthümer sich durch Hingabe des delinquirenden Sklaven von der litis aestimatio befreit hatte. Denn hier konnte es leicht sein, dass der Werth des noxae gegebenen Sklaven gar sehr hinter dem Betrage der letzteren zurückblieb und auf solche Weise das Interesse des durch das Sklavendelict Verletzten als schwer geschädigt erschien, während daneben der dominus conscius frei ausgieng. Unter diesen Verhältnissen lag es für den Prätor vom Standpunkte der aequitas nahe, auf die bis dahin ungesühnte Mitschuld des früheren dominus conscius zurückzugreifen, [hoc casu severius a Praetore constituendum est nec servorum conscio parcendum est, Marcellus in L. 5. i. f. D. si fam. furt. f. d. (47. 6.)], und gegen ihn die durch noxae datio civilrechtlich unter-

1) Damit resp. mit L. 7. D. cit. im Widerspruch steht *E. I. Bekker*, Die processualische Consumtion, S. 232., wenn er sagt, dass stets jede Klage wider einen Herrn die Verpflichtung aller übrigen consumire, soweit dieselbe ex persona servi stammt, dagegen bestehen lasse, wenn sie auf der eigenen conscientia beruhe. Wie L. 7. cit. beweist, kann der servi venditor sciens, si emtor noxali conventus sit, nicht mehr (suo nomine) belangt werden.

gegangene actio in solidum insoweit wieder aufleben zu lassen [1]), als erforderlich war, um dem Kläger den vollen Betrag der litis aestimatio zuzuwenden [2]), aber unter Hinzurechnung des Werthes des servus noxae deditus.

L. 17. pr. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus Lib. XXII. ad Ed. Si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante servus delinquit, si ante cum altero, qui nesciebat, actum sit, et noxae dederit servum, iniquum est, vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari. Igitur agetur et cum altero, et si quid amplius est in damni persecutione, consequetur computato pretio hominis noxae dediti [3]).

---

1) *E. I. Bekker*, Aktionen. I. S. 193. N. 30. sagt mit Bezug auf unsere L. 17. pr. cit. und auf L. 25. D. si fam. furt. (47. 5.) treffend: „Das beweist nichts mehr als die Flüssigkeit der Consumptionstheorie zur Zeit dieser (d. i. der classischen) Juristen."

2) Vgl. auch L. 1. §. 3. L. 2. D. eod.

3) *Buchka*, Die Lehre vom Einflusse des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss, I. S. 117. benutzt diese Stelle zu dem Beweise, dass durch die Anstellung der actio noxalis gegen den einen Miteigenthümer die actio noxalis gegen den anderen nicht vernichtet werde, und hier folglich nicht von einer einheitlichen obligatio die Rede sein könne, weil sonst auch die actio in solidum durch den Process über die Noxalklage hätte consumirt werden müssen, und dies nach L. 17. D. cit. nicht der Fall sei. Allein damit verkennt Buchka den Standpunkt des reinen Civilrechts und den hier vermittelnd eintretenden Einfluss des prätorischen Rechts, das die civilrechtlich mit der noxae datio erloschene obligatio resp. actio aus Rücksichten der Billigkeit nur dann dem dominus sciens gegenüber als fortbestehend behandelt, wenn die Noxalklage gegen den dominus ignorans in Folge der Hingabe eines werthlosen Sklaven den Verletzten nicht zum Werthbetrage der vollen litis aestimatio hat gelangen lassen; verb. iniquum est, etc. igitur etc. [Der Umstand, dass nach L. 17. D. cit. der dominus sciens, falls der vom dominus ignorans hingegebene Sklave an Werth der litis aestimatio gleich kommt, nicht ferner belangt werden konnte, lässt dieses Gesetz gerade umgekehrt für die Identität der actio noxalis und in solidum, sowie der actiones noxales gegen mehrere domini ignorantes des delinquirenden Sklaven beweisend erscheinen.] *Baron*, a. a. O. S. 274. Anm. — Wenn *Buchka*, a. a. O. ferner in L. 11. §. 3. D. de aqua et aq. pluv. (39. 3.) in Verbindung mit L. 11. §. 1. D. eod. eine unmittelbare Bestätigung seiner Ansicht findet, so ist in Wirklichkeit eine solche nicht darin enthalten. Ueber Natur und Wesen der obligatio der mehreren Eigenthümer eines mit schädlicher Wasseranlage behafteten Grundstücks waren die rö-

Hatte der mit der actio in solidum zuerst belangte und verurtheilte mitwissende Verkäufer des homo noxae nomine obligatus die litis aestimatio entrichtet, so kam ihm keinerlei Regressanspruch gegenüber dem Käufer als Eigenthümer des Sklaven zur Zeit des erfolgten Urtheils zu, weil der Grund, aus dem der Verkäufer, auch nachdem er aufgehört hatte Eigenthümer des delinquirenden Sklaven zu sein, in Anspruch genommen werden konnte [1]), seine conscientia und damit seine eigene Schuld fortbestand [2]), und er überdies schon gesetzlich verpflichtet war, dem Käufer dafür einzustehen, servum furtis et noxis solutum esse [3]). Aus dem letzteren Umstande erklärt sich denn auch, warum dem mit der Noxalklage zuerst belangten und verurtheilten Käufer, falls er die litis aestimatio entrichtet

---

mischen Classiker, wie L. 11. D. cit. beweist, nicht einerlei Ansicht. Während Cassius nach §. 1. gegen die mehreren Miteigenthümer actiones in solidum ertheilt, bei denen nicht schon die processualische Consumtion der einen, sondern erst die auf vorherige Klage hin erfolgte Befriedigung die Vernichtung der anderen verursacht, (si cum uno actum sit et si praestiterit, ceteros liberari), hat Julian laut §. 3. geschwankt, ob in einem solchen Falle die condemnatio in solidum oder vielmehr die condemnatio pro parte am Platze sei? Bei dieser Erwägung stellt er sich einen Moment die condemnatio in solidum, quum servi communis nomine noxali judicio cum uno agitur, vor Augen, quoniam quod praestiterit potest a socio accipere, um sie aber sofort wieder fallen zu lassen, und sich für die condemnatio pro parte zu entscheiden. Der Grund, warum Julian den Noxalfall, aber nur ganz vorübergehend, in Betracht gezogen, war also lediglich das dabei zur Anwendung kommende Regressrecht des in solidum condemnirten Eigenthümers gegen seinen socius und es erscheint daher absolut ungerechtfertigt, aus dem die abweichende Auffassung des Cassius referirenden §. 1. in den §. 3. hinein zu interpretiren, dass sich Julian bei der actio noxalis im Falle eines Delictes eines servus communis das Obligationsverhältniss der mehreren Eigenthümer des Sklaven gerade so gedacht habe, wie Cassius das der mehreren Eigenthümer eines mit schädlicher Wasseranlage behafteten Grundstückes. Dafür fehlt in L. 11. cit. aller und jeder Anhaltspunkt.

1) L. 5. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.)

2) L. 9. D. eod. verb. sui enim facti nomine poenam meruit.

3) L. 1. pr. D. de aed. ed. (21. 1.) L. 17. §. 17. 18. L. 28. D. eod. L. 45. §. 1. D. de leg. I. (30.) L. 3. pr. D. si fam. furt. fec. dic. (47. 6.) Ulp. Plane si emtor praestiterit, puto denegandam in venditorem actionem; quodammodo enim a venditore praestitum est, ad quem nonnunquam regressus est ex hac causa, maxime si furti noxaque solutum esse promisit.

oder den Sklaven noxae gegeben hatte, die actio emti gegen den Verkäufer zustand, aber allerdings nur auf die niedrigste Summe, mit welcher er sich von dem Anspruche des Noxalklägers loszumachen im Stande war [1]). — Hatte der Verkäufer die stipulatio duplae vel simplae des quanti interest, servum noxa solutum fuisse, eingegangen, so stand dem Käufer, wenn von ihm bei einem klar zu Tage liegenden Delict, z. B. einem furtum manifestum, selbst ohne sich auf die Noxalklage einzulassen, die litis aestimatio entrichtet oder der Sklave noxae gegeben worden war, ausser der actio ex emto auch noch die actio ex stipulatu zur Seite.

L. 11. §. 12. D. de act. emti (19. 1.) [2]), Ulp. Lib. XXII. ad Ed. Idem (Neratius) libro secundo Responsorum ait, emtorem noxali judicio condemnatum ex emto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit. Idemque putat et si ex stipulatu aget, et sive defendat noxali judicio, sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse, nihilominus ex stipulatu vel ex emto agere posse.

---

1) Vgl. *Unterholzner* im Arch. f. civ. Prax. VI. S. 105. Dies will heissen: War der delinquirende Sklave weniger werth als der Betrag der von ihm verwirkten litis aestimatio, also z. B. 100 solidi, während die letztere 200 betrug, und der emtor entrichtete die litis aestimatio, so konnte er nur den Werth des Sklaven reclamiren, sowie umgekehrt, hatte der Sklave einen höheren Werth als der Betrag der litis aestimatio war, z. B. den von 200 solidi gegenüber der Urtheilssumme von 100 und er bediente sich der noxae datio, so konnte er nur 100 fordern; — in beiden Fällen mit vollstem Rechte, weil der Verkäufer nur verpflichtet war, dem Käufer den durch ihn zugefügten Schaden zu ersetzen. Opferte er mehr auf, als nöthig war, um von der durch das Sklavendelict ihm aufgelegten Verpflichtung loszukommen, so war dies seine Sache. L. 25. §. 15. D. fam. erc. (10. 2.) Paul. Si unus ex coheredibus noxali judicio servum hereditarium defenderit, et litis aestimationem obtulerit, quum hoc expediret, id pro parte hoc judicio consequetur.

2) Darüber, dass diese Stelle nicht, wie *A. O. Müller*, Lehre von der Eviction. S. 271. annimmt, von der stipulatio pro evictione, sondern von der stipulatio servum furtis et noxis solutum esse handelt, vgl. Cujacius, Lib. post. Resp. Nerat. VI. 608. *Fuchs*, Die Lehre von der Litisdenuntiation, im Archiv. f. prakt. Rechtswissenschaft. II. S. 379 f.

§. 7.

II. Von den Fällen, in welchen der Beklagte mit der actio ex servi delicto belangt und in jure befragt zugab, Eigenthümer des delinquirenden Sklaven zu sein, während er es in Wirklichkeit nicht war.

L. 20. pr. D. de interrog. in jure (11. 1.) L. 8. D. eod. — L. 26. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.)

So oft ein solcher Fall eintrat, galt das Zugestandene, falls es nur an sich physisch und juristisch möglich war [1]), dem Kläger gegenüber als formale Wahrheit [2]) und der Beklagte in Folge dessen als quasi ex contractu obligatus [3]), als quasi dominus [4]). Ob der Kläger die Frage gestellt hatte, oder der Prätor, oder ob der Beklagte die bejahende Antwort ohne vorherige Frage aus sich heraus gegeben, erschien für die Wirkung gleichgültig [5]), welche unter allen drei Voraussetzungen darin bestand, dass die obligatio ex servi delicto von dem verus dominus auf den quasi dominus übertragen wurde [6]), aber ohne sie ihm abzunehmen, es sei denn,

1) L. 14. §. 1. D. de interr. in jure f. (11. 1.) Javolen. In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest. L. 13. 14. pr. L. 15. §. 1. L. 16. D. eod. L. 23. §. 11. L. 24. 25. pr. D. ad leg. Aq. (9. 2.) L. 4. D. de confess. (42. 2.)

2) L. 11. §. 1. D. eod. Ulp. verb. fides enim ei contra se habetur. L. 12. pr. D. eod.

3) L. 11. §. 9. D. eod. Ulp. Qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu obligatus, pro quo pulsabitur, cum ab adversio interrogatur.

4) L. 8. D. eod. Paulus: Si quis interrogatus de servo, qui damnum dedit, respondit, suum esse servum, tenebitur Lege Aquilia quasi dominus.

5) L. 9. pr. §. 1. D. eod.

6) L. 13. D. eod. Paulus: Confessionibus falsis respondentes ita obligantur, si eius nomine, de quo quis interrogatus sit, cum aliquo sit actio, quia quae cum alio actio esset, in nosmet confessione nostra conferemus. L. 14. pr. D. eod. Javolen. Si is, cuius nomine noxae judicium acceptum est, manente judicio liber judicatus est, reus absolvi debet, nec quidquam interrogatio in jure facta proderit, quia eius personae, cuius nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre potest in eum, qui in jure suum esse confitetur, velut alienum servum suum esse confitendo: liberi autem hominis, quia cum alio actio non est, ne per interrogationem quidem aut confessionem transferri poterit.

der Interrogatus habe für den verus dominus als Stellvertreter gehandelt. L. 20. pr. D. de interr. i. j. (11. 1.) Vielmehr erschien der vom Sklavendelicte Betroffene von nun an Beiden gegenüber in gleicher Weise legitimirt [ex persona servi duo tenentur, L. 20. pr. D. cit.], und es hieng daher lediglich von ihm ab, an welchen von Beiden er sich halten wollte. Wählte er zunächst den falso confessus zum Beklagten, so konnte er gegen ihn immer nur mit der actio noxalis als gegen den quasi dominus ignorans, nicht mit der actio ex delicto in solidum als gegen den quasi dominus conscius vorgehen. Denn selbst wenn dem Kläger der Nachweis gelungen wäre, dass der quasi dominus im Momente der Begehung des Sklavendelicts davon Kenntniss gehabt hätte, würde letzterem dadurch gleichwohl das Recht der noxae datio nicht entzogen worden sein, quia non videtur domino sciente fecisse (servus), quum eo tempore dominus non fuerim. L. 4. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.)

Erhob der durch das Sklavendelict Verletzte die Delictsklage wider den verus dominus, so war dies, falls derselbe keine Wissenschaft vom Delicte hatte, selbstverständlich die actio noxalis, dagegen stand es ihm dem dominus conscius gegenüber auch hier frei, ob er denselben noxaliter als nichtwissenden, oder in solidum als dominus conscius detracta noxae deditione belangen wollte. —

Machte der zur Entrichtung der litis aestimatio verurtheilte quasi dominus, statt dieselbe zu entrichten, von seiner facultas noxae dedendae Gebrauch, so wurde er durch diese noxae datio nun aber nicht wie der verus dominus ipso jure von seiner judicati obligatio befreit, weil er, da er selbst kein Eigenthum am Sklaven hatte, auch ein solches nicht auf den Kläger übertragen konnte. Vielmehr stand ihm nur ein mittelbarer Schutz dadurch zur Seite, dass der verus dominus, falls er den noxae hingegebenen Sklaven vom Empfänger vindicirte, durch eine exceptio doli so lange zurückgewiesen werden konnte, bis er die litis aestimatio entrichtet hatte, L. 27. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) [1]),

1) L 27. §. 1. D. cit. Gaius lib. VI. ad Ed. prov. Ex his, quae diximus ... apparet, eum qui alienum servum in jure suum esse responderit, quamvis noxali judicio teneatur, non tamen posse noxae deditione ipso jure liberari, quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, quum ipsi domini non sint. Certe tamen, si ex ea causa traditum postea dominus

und damit war denn auch die obligatio des quasi dominus erloschen.

Was das Wechselverhältniss der beiden Klagen gegen den verus dominus und den quasi dominus betrifft, so ist auch hier wieder im Auge zu behalten, dass es keine verschiedenen Deliktsklagen sind, sondern nur die eine ex servi delicto erwachsene Klage, welche aber vom verus dominus, ohne ihn zu befreien, passiv zugleich auf den quasi dominus übertragen ist. Beide Klagen stehen also im Verhältnisse der juristischen Identität[1]) und nur als Folge davon erscheint, dass, wenn die eine davon entweder 1. auf gerichtlichem Wege in Folge des formellen Grundes der processualischen Consumtion mittelst Litiscontestation, oder 2. auf aussergerichtlichem Wege in Folge des materiellen Grundes der Zahlung erloschen war, die andere von selbst zu existiren aufhören musste. — Die Belegstellen für Beides sind die folgenden:

Ad 1. a. L. 20. pr. D. cit. Paulus Lib. II. Quaest. Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali judicio conventus sit, dominum liberat, ... nam priori (hoc) casu ex persona servi duo tenentur, sicuti in servo communi dicimus, ubi altero convento alter quoque liberabitur.

b. L. 8. D. cit. Paulus Lib. XXII. ad Ed. Si quis interrogatus de servo qui damnum dedit, respondit servum esse, tenebitur lege Aquilia quasi dominus, et si cum eo actum sit, qui respondit, dominus ea actione liberatur.

Ad 2. L. 26. §. 3. D. cit. Paulus Lib. XVIII. ad Ed. Si

---

vindicet nec litis aestimationem offerat, poterit per exceptionem doli mali repelli. Das ganz analoge Verhältniss findet dann statt, wenn der bonae fidei possessor des delinquirenden Sklaven noxaliter belangt denselben noxae gegeben hatte. Auch er machte den Kläger nicht zum Eigenthümer, trat aber der dominus gegen den Empfänger des servus noxae deditus mit der rei vindicatio auf, so stand ihm die exceptio doli mali bis zur entrichteten litis aestimatio entgegen, und war der dominus wieder in den Besitz seines noxae gegebenen Sklaven gelangt, so konnte der Empfänger denselben durch die actio Publiciana reclamiren, bei der er gegen die exceptio domini durch die utilis replicatio doli mali geschützt erschien. L. 11. 28. D. de nox. act. (9. 4.)

1) Deshalb kann sich auch derjenige, qui ex sua responsione convenitur, der Einreden des wirklichen Schuldners bedienen, wie der exceptio pacti, rei judicatae, etc. L. 12. §. 1. D. de interrog. in jure (11. 1.)

servum alienum alius in jure suum esse responderit, altero solvente alter liberatur.

Vorstehenden Quellenaussprüchen gegenüber erhebt sich die Frage, in welcher Weise diese zwiefache Befreiung des Einen Obligirten durch Litiscontestation und Zahlung des Anderen möglich war[1])?

---

1) Da im Texte einfach davon ausgegangen ist, dass sowohl auf dem Wege der processualischen Consumtion durch Litiscontestation als auch durch Zahlung die Obligationen des verus und quasi dominus wechselseitig aufgehoben werden können, was höchst bestritten ist, indem die Meisten diesen Erfolg nur an die geleistete Zahlung geknüpft wissen wollen, so bedarf es eines näheren Eingehens auf diese Controverse durch Beleuchtung der unter Nr. 1 und 2 angeführten Pandektenstellen, welche nachstehend versucht werden soll.

1. *Zimmern*, das System der Noxalklagen (1818). S. 280. N. 8, der freilich den neuaufgefundenen Gaius noch nicht benutzen konnte, wirft die L. 26. §. 3. D. de nox. act. (9. 4. und L. 20. pr. D. de interr. i. j. (11. 1.) nach dem Vorgange von Cujacius in Lib. II. Quaest. Pauli, Opp. Post. Tom. II. Lut. Paris. 1658. p. 965. 966 und von Suarez. ad L. Aq. in Meerm. Thes. II. p. 154. zusammen, um damit zu beweisen, dass der verus nicht schon durch Litiscontestation des quasi dominus liberirt werde, sondern erst durch dessen Zahlung und ebenso umgekehrt. — Wie einleuchtend sind hierbei die L. 20. pr. D. cit. und die L. 8. D. de interr. i. j. (11. 1.), welche die Befreiung des verus dominus schon eintreten lassen, si (quasi dominus) noxali judicio conventus sit, si cum eo actum sit, vollständig unberücksichtigt geblieben oder missverstanden worden.

2. Nach *Ribbentrop*, Zur Lehre von der Correalobligation (1831). S. 244. Anm. 5. soll es sich von selbst ergeben, dass den beiden Gesetzen L. 20. pr. und L. 8. citt. gegenüber die von der Consumtion durch Zahlung handelnde L. 26. §. 3 cit. keine Schwierigkeiten biete, und im Verlaufe seiner Darstellung sucht er dann wahrscheinlich zu machen, dass Paulus auch in den beiden ersteren Stellen nicht die Consumtion durch Litiscontestation, sondern die durch wirkliche Leistung im Auge gehabt habe. Als Beweggrund für diese seine Annahme dient ihm die vermeintliche Wahrnehmung, dass ipso jure der verus debitor nicht einmal durch die wirkliche Praestation des quasi dominus befreit werde, weil es eine bekannte Regel des römischen Rechtes sei, dass man durch Leistung dessen, was ein Anderer schuldig sei, diesen nur dann befreie, wenn man es in dessen Namen leiste. [L. 31. D. de hered. pet. (5. 3.) L. 19. §. 1. D. de cond. ind. (12. 6.) L. 38. §. 2. D. de sol. (46. 3.)] Nun leiste aber der aus seiner falsa confessio obligirte respondens suo nomine und daher könne er Schadloshaltung nur als negotiorum gestor oder mandatarius in Anspruch nehmen. Zur Bestätigung des Letzteren beruft er sich darauf, dass Paulus dies für zwei Fälle ausspreche, in denen Einer fälschlich zugestanden, einen Sklaven

Ad 1. Was zunächst die wechselseitige Befreiung auf dem Wege der processualischen Consumtion durch Litiscontestation (altero convento alter quoque liberatur) betrifft,

---

getödtet zu haben oder Erbe zu sein, während ihn ein Anderer getödtet hatte, ein Anderer wirklicher Erbe war. — Die ganze Paulinische Stelle (L. 20. cit.) lautet folgendermassen: Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali judicio conventus sit, dominum liberat: aliter atque si quis confessus sit, se occidisse servum, quem alius occidit: vel si quis responderit se heredem: nam his casibus non liberatur, qui fecit, vel qui heres est. Nec haec inter se contraria sunt: Nam superiore casu ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter quoque liberatur: at is, qui confitetur, se occidisse, vel vulnerasse, suo nomine tenetur: nec debet impunitum esse delictum eius, qui fecit, propter eum, qui respondit: nisi quasi defensor ejus, qui admisit, vel heredis, litem subiit hoc genere, tunc enim in factum exceptione data, summovendus est actor: quia ille negotiorum gestorum vel mandati actione recepturus est quod praestitit. Idem est in eo, qui mandato heredis heredem se esse respondit, vel cum eum alias defendere vellet. — „Wenn", sagt *Ribbentrop*, a. a. O. S. 245. Anm. 1. von dieser Stelle, „hier die wirkliche Leistung von Seiten desjenigen, welcher sich fälschlich für den Thäter oder für den wirklichen Erben ausgegeben, den wahren Thäter oder den wahren Erben unbedingt befreite, so bliebe gewiss nichts Anderes übrig, als für unsere beiden Fälle (nämlich für den des Delictes eines servus communis und den der Haftung des quasi dominus in Folge einer falsa responsio neben dem verus dominus des delinquirenden Sklaven) Befreiung schon durch blosse processualische Consumtion anzunehmen." Nun werde aber vorstehenden Worten zufolge der wahre Thäter, der wahre Erbe weder durch die blosse Litiscontestation, noch sogar durch die wirkliche Prästation des Respondenten ipso jure befreit, sondern nur auf dem Umwege einer exceptio in factum, und daher dürfe man denn auch in den anderen beiden Fällen keine processualische Consumtion im Momente der Litiscontestation annehmen. — Das Unrichtige bei dieser Reflexion liegt darin, dass Ribbentrop hier von einer Gattung von Fällen Schlüsse auf eine andere macht, die principiell total verschieden sind, wie dies Paulus selbst aufs Allerschärfste betont, in dem er ausspricht, deren verschiedenartige rechtliche Behandlung enthalte keinen Widerspruch, (nec haec inter se contraria sunt), sondern sei Folge ihrer wesentlichen Verschiedenheit, und diese besteht denn darin, dass der verus und quasi dominus servi delinquentis duo ex persona servi tenentur, sicut in servo communi, ubi uno convento alter quoque liberatur, während der fälschlich sich für den Tödter des Sklaven, für den Erben Ausgebende suo nomine haftet. Das will aber heissen: dadurch, dass in dem ersteren Falle ausser dem wirklichen dominus servi noch ein Anderer als quasi dominus den delinquirt habenden Sklaven zu vertreten auf sich genommen, [L. 39. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Julian. Qui alienum servum suum esse fatetur, . . . noxali actione obligatur], werden selbst-

so liegt die Sache höchst einfach in Betreff des durch seine confessio obligirten quasi dominus gegenüber dem wirklichen Eigenthümer, indem, wenn er sich nach abgelegtem Geständnisse sofort

---

verständlich sowenig wie in Folge der Defensionspflicht der mehreren Herrn gegenüber einem delinquirenden servus communis aus der einen Delictsobligation des Sklaven und der einen daraus entspringenden Delictsklage deren zwei, sondern die zwei domini, der verus und der quasi dominus, resp. Miteigenthümer des servus communis haften vielmehr für das eine Sklavendelict und gegenüber der einen Delictsklage daraus, (ex persona servi duo tenentur.) Erlosch nun diese einzige Klage dem Einen gegenüber auf dem Wege der Consumtion durch Litiscontestation, (altero convento), so musste auch der Andere ipso jure liberirt werden, (alter liberatur), weil damit das einzige Angriffsmittel wider ihn, die actio ex servi delicto, aufgehört hatte zu existiren. Und entrichtete Einer von ihnen (ohne vorherigen Process) die litis aestimatio, so war auch damit die una obligatio ex servi delicto dem Anderen gegenüber ipso jure erloschen, (altero solvente alter liberatur), arg. L. 14. §. 2. D. de servo corr. (11. 3.) vgl. m. L. 20. pr. D. cit., weil zweimaliges Erlöschen einer und derselben Obligation auf dem Wege der solutio undenkbar und die actio ex servi delicto nach letzterer gegenstandslos geworden war. — Wie hiernach einleuchtet, konnte in dem casus superior der L. 20. D. cit. der von *Ribbentrop*, S. 245. N. a. E. hervorgezogene römische Rechtssatz, dass man durch Leistung dessen, was ein Anderer schuldig sei, diesen nur dann befreie, wenn man in dessen Namen leiste, gar nicht zur Anwendung kommen, indem, wenn der verus oder quasi dominus resp. einer der Miteigenthümer des servus communis zahlte, er dies nicht im Namen des Anderen, sondern im eigenen gethan, trotzdem aber in Folge der juristischen Identität beider Obligationen den Anderen ipso jure liberirt hatte. — Ganz anders lag die Sache in den beiden letzteren Fällen der L. 20. D. cit., in welchen es sich nicht um die defensio Zweier gegenüber dem Einen Delicte eines Dritten, des Sklaven, sondern um die Thäterschaft, die Erbenqualität selbst handelte. Dadurch, dass der eine dominus des delinquirenden servus communis die actio noxalis in solidum auf sich nahm, genügte er einer gesetzlichen Verpflichtung und dadurch, dass Jemand sich freiwillig der Vertheidigung eines fremden Sklaven unterziehend dessen Delict resp. die actio noxalis daraus (servi nomine) auf sich nahm, fiel ihm kein dolus zur Last, der ihn suo nomine verantwortlich gemacht hätte; wohl aber war dies bei Demjenigen der Fall, welcher sich zur Begehung eines Delicts, zur Eigenschaft eines Erben fälschlich bekannt und damit zur eigenen Bestrafung, zur Erfüllung der erbrechtlichen Verpflichtungen aufgedrängt hatte. Ein solcher musste aus diesem seinem dolus suo nomine haften, [ex dolo tenetur; dolo enim facere, qui se offert petitioni, L. 13, §. 13. D. de her. pet. (5. 3.)], ohne durch seine Litiscontestation oder selbst durch seine Leistung den wirklichen Thäter seiner Schuld, den wirklichen Erben seiner erbrechtlichen Verpflichtungen zu entheben, weil diese gleichfalls suo nomine hafteten.

auf den Process eingelassen hatte, der verus dominus, sobald lis contestirt war, von seiner gesetzlichen Obligation für das Delict seines Sklaven aufzukommen, liberirt erschien, und daher dem

---

His casibus non liberatur, qui fecit vel qui heres est, . . . quia suo nomine tenentur. L. 10. D. cit. [Ganz ebenso verhält es sich mit dem fictus possessor, qui liti se obtulit. Auch er wird als quasi possidens ex dolo suo, weil er sich zu dem Rechtsstreite herangedrängt, bestraft, ohne durch seine Leistung den verus possessor zu befreien. L. 25. 26. 27. pr. D. de rei vind. (6. 1.) L. 13. §. 13. D. de her. pet. (5. 6.) — L. 7. D. de rei vind. (6. 1.)] — Blos dann ward der wirkliche Tödter des Sklaven, der wirkliche Erbe durch den falso respondens liberirt, wenn er später darthun konnte, dass letzterer sich als ihr denfensor oder negotiorum gestor auf den Rechtsstreit eingelassen habe; aber selbst unter dieser Voraussetzung erfolgte nicht einmal durch dessen Zahlung die Liberation des wirklichen Tödters des Sklaven, des wirklichen Erben ipso jure, (weil der sich fälschlich zur That, zur Erbenqualität Bekennende als der rechte Beklagte suo nomine verurtheilt war), sondern nur auf dem Wege einer exceptio in factum, indem sie sich gegen die vom Eigenthümer des getödteten Sklaven, von den Erbschaftsgläubigern wider sie erhobenen Ansprüche durch den Einwand ihrer Regresspflichtigkeit gegenüber dem für sie gezahlt habenden falso respondens schützten. — Vgl. L. 1. §. 10. L. 2—4. D. de his qui effud. (9. 3.)

Mit Vorstehendem sind aber *Ribbentrop's* Bedenken noch nicht einmal alle gehoben; denn er geht noch weiter S. 246. Note 5. davon aus, dass jedenfalls die L. 18. D. de interr. i. j. (11. 1.) mit unserer Stelle L. 20. cit. „in einem merkwürdigen Widerspruche stehe."

Der Wortlaut dieser von Julian herrührenden L. 18. D. cit. ist folgender: Qui ex parte dimidia heres erat, quum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisdationis onus evitare posset, respondit se solum heredem esse, et condemnatus est; quaerebat actor, quum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore judicio in eum, qui revera heres erat, actio dari deberet? Proculus respondit, rescisso judicio posse agi; idque verum est. — Dass hiernach den Classikern Proculus und Julian die Klage gegen den absens coheres durch die Erbschaftsklage gegen den praesens coheres, der sich für den einzigen Erben ausgab, als consumirt galt, unterliegt keinem Zweifel; allein damit ist ein Widerspruch der L. 18. cit. mit L. 20. cit., wornach der sich fälschlich zur Eigenschaft eines Erben Bekennende den wirklichen Erben nicht liberirte, noch keineswegs constatirt. Denn während Paulus in L. 20. cit., wie gezeigt, von einem Solchen spricht, der gar kein Erbe war, sondern sich durch seine falsa responsio Erbe zu sein, liti se offerens eines dolus schuldig macht, L. 13. §. 13. D. de her. pet. (5. 3) und daher zur Strafe obligirt erscheint, ohne den wirklichen Erben zu befreien, haben Proculus und Julian in L. 18. cit. den Fall vor Augen, in dem der wirkliche Erbe durch die Erbschaftsklage vor Gericht gefordert, um der lästigen satisdatio zu entgehen, sich der Vertheidigung seines coheres unterzieht und demgemäss als alleiniger Erbe gerirt. Auf diese Weise wird die

vom Delicte Betroffenen, um zum Ziele zu kommen, nichts übrig blieb, als den Rechtsstreit gegen den quasi dominus bis zu dessen Verurtheilung fortzusetzen. Denn würde er sich nach erfolgter

---

Erbschaftsklage in ihrem vollen Umfange in jus deducirt und folglich auch im Momente der lis contestata vollständig consumirt, so dass sie gegen den vom Beklagten vertheidigten coheres nur durch prätorische Vermittelung auf dem Wege der restitutio in integrum (actio rescissoria) wieder aufleben kann. „Von einem merkwürdigen Widerspruche der L. 20. cit. mit L. 18. cit.", den *Rippentrop* findet, ist also in Wirklichkeit hiernach keine Rede. — Ueber L. 18. cit. s. auch *Cujacius*, lib. IV. Jul. ad Ursej. Feroc. Opp. postuma. Tom. III. Ed. cit. p. 535. 536. und *Keller*, Litisc. u. Urtheil. §. 68. N. 6. S. 577. Gegen den von letzterem auf L. 18. cit gebauten grossen Umfang der Klagenconsumption vgl. *Rippentrop* a. a. O.

3. *E. I. Bekker*, Die Aktionen des Römischen Privatrechts. I. (1871.) S. 190. Anm. 12. geht davon aus, dass L. 20. pr. de interr. (11. 1.) „qui servum alienum responderit suum esse, ... dominum liberat; ... altero convento alter quoque liberatur", und L. 26. §. 3. de nox. act. „si servum alienum alius in jure suum responderit, altero solvente alter liberatur", sich widersprächen, und hält es zu deren Vereinigung für das Gerathenste, zunächst die Ungenauigkeit der L. 20. cit. zu rügen, weil nicht die Responsion, sondern erst die auf Grund derselben erfolgende Litiscontestation (L. 8. D. de interrog. i. j.) den dominus befreien könnte; dann aber aus L. 26. §. 3. D. cit. hinzuzufügen, dass, wenn der dominus auch nach dieser Litiscontestation zahle, der ex responso Verhaftete entlastet werde. — Hiergegen ist Dreierlei zu bemerken. Erstens verdient Paulus die obige Rüge der Ungenauigkeit nicht, denn er sagt in L. 20. pr. cit. nicht, dass die responsio als solche den dominus befreie, sondern: Qui servum alienum responderit suum esse, *si noxali judicio conventus est*, dominum liberat, also erst mit erfolgter Litiscontestation. Ueberdies verweist Paulus am Schlusse der L. 20. cit. auch noch auf den analogen Fall des Delictes eines servus communis, ubi altero convento alter quoque liberatur. Hiernach stimmt also L. 20. cit. mit der von *Bekker* als gegensätzlich herangezogenen L. 8. de interr. [et si cum eo actum sit, qui respondit, dominus ea actione liberatur, vgl. *Bekker*, Die processualische Consumption. 1856. S. 96. §. 9. „Die litis contestation als anfang der actio."] vollkommen überein. — Zweitens kann aber auch die L. 20. cit. deshalb nicht blos von der Zahlung verstanden werden, welche der dominus zum Zwecke der Liberation des ex responso Verhafteten macht, weil es darin heisst: altero solvente alter liberabitur, und Paulus also nicht nur die Zahlung des dominus für den respondens, sondern auch die des respondens für den dominus im Auge gehabt hat. Und endlich kommt dazu noch drittens, dass, wie im Texte gezeigt, wenn der verus dominus nach seiner Litiscontestation gezahlt, der ex responso Verhaftete nicht erst durch diese Zahlung entlastet wurde, sondern dies schon im Momente der Litiscontestation gewesen ist.

Litiscontestation des quasi dominus, den Process fallen lassend, gegen den verus dominus gewendet haben, so hätte ihm der Einwand der erloschenen Klage resp. die exceptio rei in judicium

---

4. Ansicht des Verfassers. Dass die beiden ersten die processualische Consumtion der einen Klage als Erlöschungsgrund der anderen hervorhebenden Stellen (L. 20. pr. L. 8. D. cit.) mit der dritten, die Zahlung als Erlöschungsgrund bezeichnenden L. 26. §. 3. D. cit. nicht füglich in wirklichem Widerspruche stehen können, geht schon daraus hervor, dass sie alle drei von einem und demselben Classiker, von Paulus, herrühren und es fragt sich daher nur, wie der scheinbar darin liegende Widerspruch zu lösen ist. — Dies geschieht, wenn man unter Berücksichtigung des Interpretationsprincips: Unius positio non est alterius exclusio in die letzte Stelle nur nicht etwas hineinträgt, was gar nicht darin liegt, ja zum Theil nicht einmal darin liegen kann, nämlich, dass Paulus nur eine nach stattgehabter Litiscontestation erfolgte Zahlung im Auge gehabt habe, gleich als wenn er, wie Cujacius und Suarez annehmen, hätte sagen wollen: altero (convento et post litem contestatam) solvente alter liberatur. [cf. *Cujacius* in Lib. II. Quaest. Paul. l. c. verb. Et conventus noxali actione, si solverit aestimationem litis, ... verus dominus servi hac actione liberatur. *Suarez* l. c. verb. Quo casu uno convento in solidum et solvente litis aestimationem.] Denn wie im Texte gezeigt, setzte die solutio des quasi dominus, um den verus dominus zu liberiren, gerade umgekehrt, jedesmal voraus, dass sie vor der Litiscontestation des ersteren geschah, weil sonst der wirkliche Eigenthümer durch processualische Consumtion bereits liberirt war. Der Moment, an welchen Paulus in unserer Stelle die Befreiung des verus dominus durch Zahlung des quasi dominus und umgekehrt knüpft, ist lediglich: Si (quis) servum alienum alius in jure suum esse responderit, weil damit der non dominus quasi ex contractu obligirt wird, und nunmehr als quasi dominus dem verus dominus gegenübertritt. Man nehme den Fall: Statt des wirklichen dominus des eines Delictes beschuldigten Sklaven wird ein Dritter in jus vocirt, der, ein Freund des verus dominus, sich entschliesst, den Process auf sich zu nehmen. In jure befragt, ob er Eigenthümer sei, bejaht er dies, und wird damit quasi dominus. Da er aber des Sachverhältnisses unkundig ist, bittet er, um Erkundigungen einzuziehen, bevor er sich auf den Streit einlässt, vgl. L. 11. §. 12. D. de interr. i. j. (11. 1.), unter Eingehung auf ein vadimonium um Anberaumung einer neuen Tagefahrt. Gaius IV. 184. 186. *Keller*, Röm. Civ.-Pr. §. 47. Fünfte Ausgabe von *Wach*, S. 221 f. Vor deren Eintritt überzeugen sich nun Beide, der verus sowie der quasi dominus, dass die Wiederaufnahme des Processes nichts nützen könne, da die Condemnation darin doch sicher erfolgen würde und daher entschliesst sich der Eine von ihnen die litis aestimatio zu zahlen. Geschieht dies, so wird durch die Zahlung des quasi dominus der verus dominus und umgekehrt liberirt. — Nach der Litiscontestation kann nur der noch nicht verklagte, aber durch die Litiscontestation des quasi dominus, bereits liberirte verus dominus den

deductae hindernd im Wege gestanden. Gaius III. 180. 181. IV. 106. 107.

Erst nach erfolgter Verurtheilung des quasi dominus konnte sich möglicher Weise für den durch das Sklavendelict Verletzten ein Weg eröffnen, noch nachträglich den verus dominus in Anspruch zu nehmen, und dies war der der actio rescissoria, falls der verurtheilte quasi dominus sich später als insolvent erwies. Denn dann ertheilte der Prätor rescisso priore judicio die bereits erloschene Delictsklage gegen den verus dominus als actio utilis. Ausdrücklich wird uns dies zwar nicht gerade für unseren Fall bezeugt, allein da Proculus und Julian in L. 18. D. de interr. in jure (11. 1.) dafür eintreten, dass, wenn der ex parte dimidia heres auf Befragen in jure sich als alleinigen Erben angab und als solcher verurtheilt ward, falls er sich später als insolvent herausstellte, der Kläger rescisso superiore judicio in eum, qui verus heres war, auf die bereits erloschene Klage zurückgreifen konnte, so ist das obige auf dem Wege der Analogie gewonnene Resultat nicht weniger zweifellos.

Nicht so einfach wie im Falle der Liberation des verus dominus durch den quasi dominus in Folge processualischer Consumtion gestaltete sich die Sache, wenn umgekehrt der quasi dominus durch den verus dominus auf demselben Wege befreit werden sollte. Der Nichteigenthümer wurde erst durch das in jure abgelegte fälschliche Zugeständniss seines Eigenthums an dem delinquirenden Sklaven zum quasi ex contractu obligatus, zum quasi dominus und liberirte, wie vorstehend gezeigt, durch seine Litiscontestation im Rechtsstreite mit dem vom Sklavendelicte Betroffenen den verus dominus. War letzterer aber liberirt, so konnte auch von einer Klage des durch das Delict Verletzten gegen ihn und folglich auch von einer Litiscontestation seinerseits keine Rede mehr sein. Die unerlässliche Voraussetzung der die actio gegen den quasi dominus consumirenden litis contestatio des verus dominus war also die, dass nach der confessio, aber vor der Einlassung des Nichteigenthümers der Rechtsstreit unterbrochen worden war, was dadurch geschah, dass der quasi dominus unter Eingehung auf ein vadimonium die An-

---

letzteren durch seine Zahlung liberiren, nicht aber der quasi dominus den verus dominus, weil dieser durch die Litiscontestation jenes bereits liberirt ist.

beraumung einer neuen Tagefahrt beantragt hatte, wozu er berechtigt war [1]). Gaius IV. 184—186. Wandte sich nun der durch das Sklavendelict Verletzte in der Zwischenzeit, etwa nachdem er erfahren, dass der bisherige Beklagte nicht der wirkliche Eigenthümer sei, wider den verus dominus und es war diesem gegenüber lis contestata, so erschien der quasi dominus nun von seiner quasicontractlichen Obligation liberirt, und es blieb daher dem Kläger nichts übrig, als den begonnenen Process gegen den verus dominus bis zu Ende durchzuführen, wollte er nicht Gefahr laufen, sich gegen den quasi dominus wendend, durch den Einwand der erloschenen Klage resp. die exceptio rei in judicium deductae zurückgewiesen zu werden. Gaius ll. citt.

Ad 2. Um über die wechselseitige Liberation des quasi dominus und verus dominus auf dem Wege der Zahlung (altero solvente, alter liberatur) ins Klare zu kommen, hat man sich zu vergegenwärtigen, dass dabei nur an eine solutio *vor* erfolgter Litiscontestation *des Zahlenden* gedacht werden darf. Denn da, wie gezeigt, schon durch die Litiscontestation des Einen die Liberation des Anderen eintrat, so würde die später erfolgende Zahlung nicht den noch ex lege obligirten verus dominus resp. den noch quasi ex contractu obligirten non dominus liberirt, sondern vielmehr den bereits Liberirten nochmals haben liberiren sollen, was juristisch undenkbar ist. Hiernach existiren also nur zwei Möglichkeiten, wie durch Zahlung des Einen die Liberation des Anderen bewirkt werden konnte.

a. Entweder der noch nicht verklagte verus dominus zahlte vor oder nach der Litiscontestation des falso confessus

---

1) Der in jus vocirte und vor dem Prätor erschienene Beklagte war nicht verpflichtet, sich sofort auf die Klage einzulassen, vielmehr konnte er eine weitere Tagefahrt beantragen, um sich über den gegnerischen Anspruch vor seiner Beantwortung erst sachdienlich zu instruiren, so dass dann der erste Termin durch die editio actionis von Seiten des Klägers und die Bestellung des vadimonium von Seiten des Beklagten erschöpft war. L. 1. pr. D. de edendo (2. 13.) Ulp. Qua quisque actione agere volet, eam edere debet; nam aequissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat, et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur. *Keller*, Röm. Civilprocess. Fünfte Wach'sche Ausgabe. 1876. §. 47. S. 226. 227. §. 50. S. 238.

in dessen Rechtsstreite mit dem vom Sklavendelicte Betroffenen die litis aestimatio an letzteren und befreite dadurch den quasi ex contractu obligirten Nichteigenthümer[1]),

b. oder der verklagte quasi dominus entrichtete vor seiner Litiscontestation die Litisästimation an den Kläger und befreite dadurch den verus dominus von seiner gesetzlichen Verpflichtung fûs das Delict seines Sklaven aufzukommen.

Würde der verklagte quasi dominus erst nach seiner Litiscontestation gezahlt haben, so hätte abermals der juristisch unmögliche Fall der versuchten Liberation eines gar nicht mehr Obligirten vorgelegen.

§. 8. Fortsetzung.

Von dem Regressanspruche des quasi dominus gegenüber dem verus dominus und umgekehrt.

L. 22. D. de interrog. in jure (11. 1.) Scaevola Lib. IV. Dig. L. 20. D. eod. Paulus Lib. II. Quaest. — L. 49. D. de neg. gest. (3. 5.) Africanus Lib. VIII. Quaest.

An die vorstehend erörterte Frage nach der wechselseitigen, ipso jure eintretenden Liberation des verus dominus durch die vor seiner Litiscontestation suo nomine erfolgende Zahlung des quasi dominus sowie umgekehrt reiht sich nun aber unmittelbar die Frage an, ob der durch seine Zahlung den Anderen Befreiende an diesen Regressansprüche gehabt habe oder nicht? — Dass der den quasi dominus durch seine Zahlung liberirende verus dominus an jenen keinen Regressanspruch hatte, versteht sich von selbst, da der quasi dominus durch seine falsa responsio nur dem vom Sklavendelicte betroffenen Kläger obligirt erschien, und daher Dritte, folglich auch der verus dominus, sich gegen ihn nicht darauf berufen konnten. L. 22.

1) Zahlte der verus dominus während des Processes des vom Sklavendelicte Betroffenen und des quasi dominus vor der Litiscontestation des Letzteren, so erfolgte mit dieser Zahlung eine doppelte liberatio, die des noch zur Zeit ex lege obligirten zahlenden verus dominus selbst, und die des quasi ex contractu obligirten verklagten quasi dominus, indem der obschwebende Rechtsstreit gegenstandslos wurde. Erfolgte aber die Zahlung erst nach der Litiscontestation in obigem Processe, so war durch diese der zahlende verus dominus bereits liberirt, und seine Zahlung bewirkt also nur eine einmalige liberatio, die des verklagten quasi dominus.

D. de interr. i. j. (11. 1.) Scaevola Lib. IV. Dig. verb. Respondit, ab his, qui in jure non interrogassent, ex responso suo conveniri non posse. *v. Bethmann-Hollweg,* Versuche S. 280. — Dazu kommt aber noch, dass der verus dominus [qui pro servo convenitur, L. 39. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.)], mit dieser Zahlung die ihm schon gesetzlich obliegende obligatio getilgt hatte, während der quasi dominus, quamvis noxali actione obligetur, L. 39. cit., doch in Folge seines fälschlichen Geständnisses nur als quasi ex contractu obligatus behandelt wurde. — Anders liegt freilich die Sache bei Befreiung des verus dominus durch die Zahlung des quasi dominus. Hier möchte man geneigt sein, dem letzteren das Regressrecht gegen den ersteren und zwar auf vollen Ersatz der gezahlten und damit ihn liberirenden litis aestimatio zuzusprechen. Allein dem tritt, von den Fällen abgesehen, in welchen manifestum fuit noxium servum esse, wie bei einem furtum manifestum des Sklaven, arg. L. 11. §. 12. D. de act. emti (19. 1.), der Umstand entgegen, dass die Zahlung aus freien Stücken, ohne das Urtheil abzuwarten, geleistet worden war, und also dem verus dominus der Einwand zur Seite stand, dass die Zahlung nulla necessitate cogente geleistet worden und in Folge dessen nicht zu ersetzen sei. Arg. L. 25. §. 15. D. fam. ercisc. (10. 2.) L. 6. §. 7. D. comm. div. (10. 3.) — Dieser Einwand fiel schlechthin erst dann fort, wenn der Rechtsstreit gegen den quasi dominus bis zu Ende geführt war, und derselbe zur Leistung der litis aestimatio verurtheilt dieselbe an den Kläger entrichtet hatte. Ob aber selbst in diesem Falle ein Regressanspruch auf Ersatz der vollen litis aestimatio dem verus dominus gegenüber begründet war, hieng immer noch davon ab, in welcher Gesinnung, aus welchem Grunde der quasi dominus die actio noxalis in Folge seiner confessio auf sich genommen und die durch Urtheil ihm zu zahlen auferlegte litis aestimatio entrichtet hatte. Lag dieser Handlungsweise der nachweisbare animus donandi zu Grunde, so fiel selbstverständlich jeglicher Regressanspruch hinweg. L. 4. 26. (27.) §. 1. L. 43. (44.) D. de neg. gest. (3. 5.) L. 11. 12. 15. C. eod. (2. 19.) War dagegen der quasi dominus, wissend, dass der delinquirende Sklave nicht ihm zugehöre, als negotiorum gestor des verus dominus auf die Noxalklage eingegangen, selbst ohne sich als solchen ausdrücklich darzustellen, oder hatte er ein Mandat von letzterem erhalten, selbst ohne dasselbe in jure zu

erwähnen [1]), so kamen ihm auf Wiedererlangung der entrichteten litis aestimatio die actio negotiorum gestorum, resp. die actio mandati zu. Arg. L. 20. pr. D. de interr. i. j. (11. 1.) Paulus: verb. is qui confitetur (servum alienum suum esse), si quasi defensor ... litem subit, ... negotiorum vel mandati actione recepturus est, quod praestitit. —

Eine letzte der Lösung bedürftige Frage ist die, ob dem zahlenden quasi dominus auch dann ein Regressrecht zukomme, wann er sich in Betreff des Eigenthums des delinquirenden Sklaven selbst im Irrthum befunden hatte, indem er ihn als in seinem Eigenthum befindlich erachtete?

Noch vor Kurzem würde man kein Bedenken getragen haben, zur Bejahung dieser Frage kurzweg auf die actio in factum ex rescripto Divi Pii zurückzugreifen, indem, wenn dem quasi dominus der Regress gegen den verus dominus versagt geblieben wäre, der letztere sich mit dem Schaden des ersteren bereichert haben würde, was doch nicht sein dürfe. L. 206. D. de R. J. L. 14. D. de cond. ind. (12. 6.) L. 17. §. 4. D. de inst. act. (14. 3.) L. 6. §. 2. D. de jure dot. (23. 3.) cap. 48. VI. de R. J. (5. 13.) *W. Sell*, Versuche I. §. 7. S. 14 f. — *v. Savigny*, Oblig. I. S. 249. vgl. S. 26. Anm. — Allein da neuerdings mit vollem Rechte allgemein angenommen wird, dass der Grundsatz: Nemo per damnum alterius locupletior fieri debet im römischen Rechte auf Anerkennung als eines ganz generellen keinen Anspruch hat, sondern vielmehr in die ihm durch L. 1. §. 3. D. de cond. sine causa (12. 7.) L. 25. D. de act. rer. am. (25. 2.) gesteckten Schranken zurückzuweisen ist, *Windscheid*, Pandekten II. §. 421. N. 1, so dürfte es der sicherere Weg sein darzuthun, dass auch hier die actio negotiorum gestorum für den quasi dominus diejenige Klage war, mit der er im Stande, sein Regressrecht gegen den verus dominus zur vollen Geltung zu bringen. — Es unterliegt zwar keinem Zweifel, dass, wenngleich nicht nach den Worten des Edictes,

---

1) Der causa cognita sich als quasi dominus herausstellende Beklagte hatte satisdatio ratam rem dominum habiturum zu leisten, der verus dominus war von jeglicher satisdatio frei. L. 39. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Julianus: Qui alienum servum suum esse fatetur, quamvis noxali actione obligatur, nihilo minus causa cognita satis dare debet. [Vgl. auch L. 36. D. de procur. (3. 3.)] Qui autem pro servo convenitur, satisdatione onerandus non est, non enim offert se defensioni alieni servi.

dann doch nach der normalen Bedeutung von negotia gerere, negotiorum gestio und nach der Ulpian'schen Auffassung des betreffenden Edicts dabei zunächst an die Führung wissentlich fremder Geschäfte im Falle der Abwesenheit oder sonstiger Verhinderung des dominus negotiorum zu denken war. Allein dabei ist die römische Jurisprudenz, unterstützt von der allgemeinen Fassung des Edicts, nicht stehen geblieben, vielmehr hat sie im Laufe der Zeit zum Begriffe der negotiorum gestio die *Absicht* fremde Geschäfte zu führen, nicht als unerlässliches Erforderniss aufgefasst, sondern darunter auch die Vornahme eines nur objectiv das Interesse des Anderen berührenden Geschäftes verstanden [1]). Die Hauptstelle, welche für diese Ausdehnung des Begriffes der negotiorum gestio zeugt, rührt von Africanus her und lautet also L. 49. D. de neg. gest. (3. 5.): Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, quum esset meum, gessisses. Sicut ex contrario in me tibi daretur, si, quum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque die ea solutione liberarer [2]).

Die beiden von Africanus behandelten Fälle sind folgende: 1. A. verkauft dem B. einen Sklaven, der ihm eine Sache entwendet hatte. Diese dem A. gestohlene Sache veräussert B. im Glauben, sie gehöre zu dem (mitverkauften) Peculium des Sklaven, an einen Dritten. Solange dieselbe noch in rerum natura ist, hat A. die rei vindicatio, ist sie aber untergegangen, so kann er nun das an den B. entrichtete Kaufpretium mit der actio negotiorum gestorum directa für sich reclamiren, weil der B. seine, des A., Sache verkauft und damit, wenngleich nicht absichtlich, dann doch objectiv seine, des A., negotia gerirt hat. — 2. A. hat sich im Glauben heres zu sein in den Besitz der Erbschaft des B. gesetzt und die Legate durch Hingabe seiner eigenen Sachen entrichtet. Hier steht dem A. die actio negotiorum gestorum contraria gegen den B. auf Entschädigung zu, weil dieser durch Be-

1) *Windscheid*, Pandektenrecht II. §. 431. N. 12.

2) Vgl. über diese Stelle *Jhering*, in seinen Jahrbüchern XVI. (N. S. IV.) 25. S. 304 ff. *Windscheid*, Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. S. 5 ff.

richtigung der Legate von seiner quasicontractlichen Obligation dieselben auszuzahlen liberirt erscheint. Nach diesen zwei Fällen und Stellen wie L. 6. §. 3. D. de neg. gest. (3. 5.) L. 3. C. de R. V. (3. 32.) L. 81. (80.) §. 5. D. de furt. (47. 2.) L. 1. C. de reb. alien. non alien. (4. 51.) u. a. kann es keinem Bedenken unterliegen, dass auch der quasi dominus, nachdem er sich im irrthümlichen Glauben Eigenthümer des delinquirenden Sklaven zu sein, auf den Streit eingelassen, und verurtheilt durch seine Zahlung der litis aestimatio den verus dominus von seiner gesetzlichen obligatio für das Delict seines Sklaven aufzukommen liberirt hat, seinen Regress mit der actio negotiorum gestorum contraria an letzteren zu nehmen befugt erscheint, weil er, wenn auch nicht wissentlich und absichtlich, dann doch jedenfalls thatsächlich, objectiv für den verus dominus negotia gerirt hat [1]).

§. 9.

III. Von den Fällen, in welchen der von der actio noxalis Bedrohte die dominica potestas über den delinquirenden Sklaven dolo malo durch Veräusserung oder Manumission aufgegeben hatte, um auf diese Weise der Noxalklage zu entgehen.

L. 21. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.) L. 22. §. 4. D. eod. — L. 24. D. eod. — L. 26. pr. §. 4. D. eod. —

Stellte der mit der Noxalklage Belangte in Abrede, dass der delinquirende Sklave sich in seiner dominica potestas befinde, ohne diese seine Negation vor erfolgter Litiscontestation wieder zurückzunehmen [2]), so eröffnete das prätorische Recht dem Kläger zweierlei Wege der Behandlung der Sache, indem es ihm freigestellt blieb, entweder dem Beklagten über sein Eigenthum am Sklaven den Eid zuzuschieben [3]), oder die actio in solidum, das

1) Vgl. *Schlossmann*, Der Vertrag. S. 224. 225. *v. Manroy*, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte. 1878. §. 4. S. 9 ff.

2) L. 26. §. 5. D. de nox. act. (9. 4.) Nach der Litiscontestation bedurfte es zur Zurücknahme Läugnens einer restitutio in integrum, z. B. auf Grund der minor aetas des Läugnenden. L. 26. §. 5. cit.

3) Verweigerte der Beklagte die Ausschwörung des dahin angetragenen Eides, dass der Sklave weder in seiner Gewalt stehe, noch dieselbe von ihm dolo malo aufgegeben sei, so stand er dem gleich, der seinen abwesenden Sklaven nicht vertheidigte und den anwesenden nicht exhibirte,

judicium sine noxae datione gegen ihn durchzuführen. Gelang es ihm, wenn er den zweiten Weg einschlug, in judicio darzuthun, dass der Sklave in der potestas des Beklagten stehe, oder dass letzterer dieselbe dolo malo aufgegeben habe, so erfolgte nun die Verurtheilung zur Zahlung der litis aestimatio unter Ausschluss der noxae datio, ohne dass der Kläger nöthig gehabt hätte, vorher den Nachweis des geläugneten Sklavendelicts noch besonders zu erbringen. Vielmehr wurde dies zur Strafe des beklagtischen Läugnens als erwiesen angenommen[1]). Mislang dem Kläger der obige Beweis, so wurde er abgewiesen.

L. 21. §. 2. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. XXIII. ad Edictum: Praetor ait: SI IS, IN CUIUS POTESTATE ESSE DICETUR, NEGAVIT, SE IN SUA POTESTATE SERVUM HABERE, UTRUM ACTOR VOLET, VEL DEJERARE JUBEBO, IN POTESTATE SUA NON ESSE, NEQUE SE DOLO MALO FECISSE, QUOMINUS ESSET, VEL JUDICIUM DABO SINE NOXAE DEDITIONE.

L. 22. §. 4. D. eod. Paulus Lib. XVIII. ad Edictum: Si negavit dominus, in sua potestate esse servum, permittit Praetor actori arbitrium, utrum jurejurando id decidere, an judicium dictare sine noxae deditione velit; per quod vincet, si probaverit, eum in potestate esse, vel dolo malo ejus factum, quominus esset; qui autem non probaverit, in potestate adversarii esse servum rem amittit.

Uns interessiren hier zunächst die Fälle, in denen der seine dominica potestas Läugnende, um von der ihm drohenden Noxalklage loszukommen, dolo malo seinen eines Delicts schuldigen Sklaven veräussert oder manumittirt hatte. Denn dann stellte der

---

L. 22. §. 3. D. de nox. act. (9. 4.), und daher wurde er dann als contumax verurtheilt. L. 21. §. 4. D. eod. — Hatte aber der Beklagte diesen Eid geleistet, so wurde er freigesprochen. Um später nochmals mit der Klage aus dem Delicte des Sklaven auftreten zu können, bedurfte es des Nachweises, dass der Beklagte nach der Ausschwörung obigen Eides die potestas über den betreffenden Sklaven erlangt habe; dabei blieb aber dann die noxae datio ausgeschlossen. L. 21. §. 6. L. 25. D. eod.

1) Da Paulus in den Schlussworten der in den Text aufgenommenen L. 22. §. 4. den Sieg wie das Unterliegen des Klägers lediglich vom Gelingen oder Misslingen seines Beweises der dominica potestas des Beklagten resp. der dolosen Aufgabe derselben abhängig macht, schliesst sich die Annahme, dass zu diesem Siege noch ein zweiter Beweis, der des geläugneten Delictes, erforderlich gewesen sei, von selbst aus. Für zweifelhaft hält es *Bekker*, Aktionen I. S. 189. N. 12.

Prätor dem von dem Delicte Betroffenen frei, sowohl mit der actio in solidum gegen den qui dolo fecit, quo minus servum in potestate haberet, auch wenn er blos bonae fidei possessor war, L. 12. D. eod., als auch mit der actio noxalis gegen den jetzigen Herrn resp. mit der actio directa gegen den manumittirten Sklaven selbst zu klagen [1]), indessen freilich so, dass schon durch die blosse Wahl der Klage wider den Einen die gegen den Anderen ope exceptionis erlosch, und dass, falls der Käufer des Sklaven oder der manumittirte Sklave selbst erbötig waren, die Klage (actio noxalis resp. directa) auf sich zu nehmen, dem, der die dominica potestas dolo malo aufgegeben hatte, wenn er verklagt wurde, eine exceptio zur Seite stand; — Beides Erscheinungen, welche darin ihre Erklärung finden, dass das dolose Aufgeben der Herrschaft über den Sklaven gerade so wenig ein selbständiges Delict begründete, wie die conscientia und patientia domini bei Begehung eines Delictes seines Sklaven, und dass die durch Perpetuirung der Haftpflicht des früheren dominus hervorgerufene gedoppelte Klagemöglichkeit nicht etwa den Zweck hatte, den vom Sklavendelict Betroffenen zu bereichern, sondern lediglich in Betreff seines Anspruchs auf die verwirkte litis aestimatio möglichst sicher zu stellen [2]).

L. 24. D. eod. Paulus l. c. De illo videndum, utrum adversus eum tantum, qui dolo fecit, quominus in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo ejus acciderit, ut cesset noxalis actio, forte si servo fugam mandavit, an et si possit nihilo minus cum alio agi, quod accidit, quum alienatus manumissusque est; quod est verius. In quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Julianus autem ait de eo, qui manumisit, si paratus sit defendere manumissus, exceptionem dandam ei, qui manumisit. Hoc et Labeo. —

---

1) Hatte den Sklaven der Herr dolose zur Flucht veranlasst, so konnte selbstverständlich nur er selbst mit der actio in solidum belangt werden. L. 24. D. cit.

2) Was die Regressfrage nach entrichteter litis aestimatio betrifft, so leuchtet ein, dass der qui dolo molo desiit possidere für die infolge seiner Verurtheilung entrichtete litis aestimatio vom Käufer keinen Ersatz verlangen kann, wohl aber der als zeitiger Eigenthümer noxaliter belangte Käufer von ihm, weil er als Verkäufer gesetzlich verpflichtet war, dafür einzustehen, servum furtis et noxis solutum esse. Vgl. oben §. 6.

L. 25. D. eod. Gaius Lib. VI. ad Ed. Idem est, et si dominus servi judicium patiatur. —

L. 26. pr. D. eod. Paulus l. c. Electio vero alterum liberabit; id enim Praetor introduxit, ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret; ideoque exceptione a sequenti summovebitur.

War einem delinquirenden servus communis gegenüber von dem einen Miteigenthümer die dominica potestas dolose aufgegeben worden, von dem anderen nicht, so hatte nun der vom Sklavendelicte Betroffene die Wahl, ob er gegen den, qui possidet servum mit der actio noxalis, oder wider den, qui desiit possidere mit der actio praetoria in solidum klagend auftreten wollte [1]).

L. 26. §. 2. D. eod. Paulus: Item, si ex pluribus dominis quidam dolo malo partes suas desierint possidere, electio erit actoris, utrum directo agere velit cum eo, qui possidet, an Praetoria cum eo, qui desiit possidere.

Hatten sämmtliche Miteigenthümer des delinquirenden Sklaven dolo malo ihre dominica potestas aufgegeben, so war es auch hier dem Verletzten freigestellt, welchen derselben er mit der actio honoraria in solidum i. e. detracta noxae deditione belangen wollte. L. 39. pr. D. eod. L. 17. D. de interr. i. j. (11. 1.) Starb der Sklave, welcher das Delict begangen, bevor er die prätorische actio in solidum gegen den dominus, qui dolo malo fecit, quominus servum in potestate angestellt war, so konnte sie, es sei denn der Verklagte hätte sich einer mora in accipiendo judicio schuldig gemacht, nun auch nicht mehr angestellt werden, weil die prätorische Klage (actio utilis) gegen den fictus possessor die Bestimmung hatte, die civilrechtliche Klage gegen den verus possessor zu vertreten, und folglich mit dieser letzteren hinfällig erscheinen musste.

L. 26. §. 4. D. eod. Paulus l. c. Si is, quem desieris dolo possidere, decesserit, priusquam hac actione convenireris, liberaris, quia haec actio in locum directae actionis succedit: diversum dicemus, si moram feceris in judicio accipiendo.

---

1) Hatte der dominus den Besitz der delinquirenden familia servorum dolo malo aufgegeben und er wurde, quia dolo facerat, quominus possideret, verurtheilt, so kam ihm doch das Edictum Praetoris des Tit VI. Dig. XLVII. zu Gute. L. 3. §. 2. D. eod.

§. 10.

IV. Von den Fällen, in welchen das Delict von einem servus communis begangen worden ist und die domini entweder sämmtlich ignorantes, oder theilweise scientes, theilweise ignorantes oder endlich sämmtlich scientes waren.[1])

A. Sämmtliche Eigenthümer des servus communis waren domini ignorantes.[2])

L. 5. pr. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. III. ad Ed. L. 8. D. eod. Ulp. XXXVII. ad Ed. L. 20. pr. D. de interrog. in jure (11. 1.) Paulus. Lib. II. Quaest. L. 14. §. 2. D. de servo corrupto. (11. 3.) Paulus. Lib. XIX. ad. Ed.

---

1) Vgl. darüber die sehr ausführliche Glosse Azo's zu L. 17. D. de nox. act. (9. 4.) — Ein für allemal sei hier bemerkt, dass der dominus sciens selbstverständlich auch in Concurrenz mit anderen condominis des servus cummunis juristisch als dominus ignorans behandelt wird, sobald der vom Sklavendelict Betroffene seine scientia et patientia nicht geltend macht.

2) Eine besondere Fürsorge widmet der Prätor in seinem Edicte den dominis ignorantibus mehrerer zusammen ein Delict begehenden Sklaven. Dig. XLVII. 6. Si familia furtum fecisse dicetur. — Der Strenge nach würde der davon Betroffene berechtigt gewesen sein, für jeden einzelnen Sklaven die von ihm verwirkte litis aestimatio von dem Eigenthümer resp. einem der Miteigenthümer der delinquirenden familia zu verlangen. Statt dessen musste er sich nun aber, falls ihm nicht aus freien Stücken sämmtliche Sklaven noxae gegeben wurden, (ne, quum plures furtum admittunt, evertant domini patrimonium) mit soviel begnügen, als er erhalten haben würde, wenn nur ein Freier das Delict begangen hätte, d. i. beim furtum nec manifestum mit dem duplum poenae nomine und mit dem simplum condictionis. L. 1. pr. §. 1. 3. L. 5. D. eod. verb. quodsi cum eo, quo ignorante factum est, agere volet, duplum tantum consequetur. — War die litis aestimatio von einem dominus ignorans unius servi nomine einmal vollständig geleistet, so cessirte die Klage ceterorum servorum nomine. L. 3. D. eod. Auch gegen den servus manumissus erschien dann die Klage versagt, desgleichen gegen den Käufer eines der Sklaven aus der zusammen das Delict begehenden familia. L. 3. pr. D. cit. Umgekehrt wurde aber auch der Verkäufer durch die Zahlung des Käufers liberirt, (quodammodo enim hoc a venditore praestitum est, ad quem nonnunquam regressus est ex hac causa, maxime si furti noxaque solutum esse promisit. L. 3. pr. D. cit. — Hatte ein servus manumissus, bevor einer der Eigenthümer die litis aestimatio entrichtet, dieselbe freiwillig bezahlt, so stand nun dem vom Delicte der familia servorum Betroffenen nichts im Wege gegen den dominus oder die domini noch familiae nomine klagend aufzutreten, nec enim potest dici, quod a manumisso praestitum est, quasi a familia praestitum. L. 3. pr.

Hier erschien jeder einzelne dominus ignorans in ganz gleicher Weise obligirt, in solidum d. i. für sich allein die actio noxalis auf sich zu nehmen [1]), weil das römische Recht eine theilweise defensio des Sklaven nicht kannte [2]) und der in solidum condemnatus überdies seine Genossen regressorisch zu belangen das Recht hatte [3]).

Vor stattgehabter Litiscontestation (ante noxale judicium acceptum) bot übrigens das römische Recht dem Verklagten einen Ausweg dar, um sich der Uebernahme der Noxalklage (suscipere judicium) zu entziehen, und dies war der, dass er seinen Eigenthumsantheil am Sklaven dem Kläger abtrat, — ein Schritt, durch den freilich der letztere als nunmehriger Miteigenthümer des Sklaven sein bisheriges Recht, die anderen condomini noxaliter zu belangen, verlor [4]). Ja genau genommen hätte derselbe nicht

---

D. cit. — War, nachdem mehrere Sklaven eines oder mehrerer Herrn eine Sache zusammen entwendet hatten, unius servi nomine lis contestirt, so konnte nicht eher aliorum servorum nomine geklagt werden, bis sich herausgestellt hatte, dass der Kläger durch die erste Klage nicht zu seiner vollen (einmaligen) litis aestimatio gelangen konnte, L. 1. §. 3. D. cit. L. 2. D. eod., was z. B. dann der Fall war, wann der Beklagte, statt die litis aestimatio zu entrichten, den nicht soviel an Werth betragenden Sklaven noxae gegeben hatte. — Nach entrichteter litis aestimatio von einem der domini ignorantes der delinquirenden familia konnte derselbe übrigens seinen Regress gegen die anderen Miteigenthümer auf den ihnen zufallenden ratirlichen Antheil nehmen. L. 9. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus: Quod si communis familia . . . furtum fecerit, etc. Quod si is qui ignoravit, duplum praestiterit, a socio simplum consequetur.

1) L. 5. pr. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus, noxale judicium in quemvis dabitur. L. 8. D. eod. Ulp. Si servus communis furtum fecerit, quivis e dominis in solidum noxali judicio tenetur, eoque jure utimur.

2) L. 17. D. judicatum solvi (46. 7.) Venulej. verb. non enim videbitur defensa res boni viri arbitratu, quae non in solidum defensa est. L. 3. §. 4. c. f. D. rer. amot. (25. 1.) L. 23. D. de damn. inf. (39. 2.) L. 139. D. de verb. obl. (45. 1.) L. 4. D. si ex noxali causa etc. (2. 9.) Gaius: Si cum uno ex dominis noxalis agatur, an pro parte socii satisdare deberet? Sabinus ait, non debere, quia quodammodo totum suum hominem defenderet, cui in solidum defendendi necessitas esset; nec auditur, si pro parte paratus sit defendere.

3) L. 11. §. 3. D. de aqua (39. 3.) Paulus. verb. quum servi communis nomine noxali judicio cum uno agitur, condemnatio in solidum fiet, quoniam quod praestitit, potest a socio recipere.

4) L. 8. 41. i. f. D. de nox. act. (9. 4.) Julian. verb. quum servus communis furtum fecerit, cum altero domino furti agi non potest, sed com-

einmal die actio communi dividundo maleficii nomine gegen sie sollen anstellen dürfen, weil das Delict vor seiner communio begangen war; allein dies erschien denn doch dem Prätor zu hart, und daher ertheilte er ihm gegen die Strenge des Civilrechts besagte Klage als actio utilis, um von ihnen die sie treffende Strafe der durch das Sklavendelict verwirkten litis aestimatio zu erlangen [1]).

L. 8. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. XXXVII. ad. Ed. Ante noxale sane judicium acceptum poterit sua parte cedendo securitatem consequi, ne necesse habeat suscipere judicium. Quamquam quis poterit dicere evenire, ut, dum pars ei cedatur, amittat actionem; dominus enim pro parte factus non potest cum socio noxali experiri: fortassis nec communi dividundo agere possit eius maleficii nomine, quod ante communionem admissum est. Quodsi non potest, evidenti injuria adficietur. Sed melius est dicere, competere ei communi dividundo judicium.

Hatte der Beklagte von dem soeben geschilderten Auswege, sich der Uebernahme der Noxalklage zu entziehen, keinen Gebrauch gemacht, sondern sich auf dieselbe lis contestirend eingelassen, (conventus), so konnte er seine Verurtheilung in die volle litis aestimatio nur dadurch vermeiden, dass er den delinquirenden servus communis in solidum noxae gab [1]), was aber freilich nur dann möglich erschien, wenn ihm von seinen Miteigenthümern vorher deren Antheil gutwillig übertragen oder die ohnedies erfolgte noxae datio später ratihabirt worden war [2]).

---

muni dividundo agi potest. L. 61. pr. D. de furt. (47. 2.) L. 27. §. 1. D. ad Leg. Aq. (9. 2.) L. 17. §. 9. i. f. D. de injur. (47. 10.) L. 21. C. de furtis (6 2.) Vgl. *Brinkmann*, Verhältniss der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zueinander. S. 81. 82. *Ubbelohde*, Von den untheilbaren Obligationen. S. 169.

1) L. 8. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. verb. Sed non alias poterit is, qui conventus est, evadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum, nec ferendus est, et si partem dedere fuerit paratus. L. 23. D. de pecul. (15. 1.) Cf. L. 1. §. 14. D. si quadr. paup. fec. dic. (9. 1.)

2) Arg. L. 27. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) verb. nullum ad actorem dominium transferre possunt, quum ipsi domini non sint. — *Brunnemann*, Comment. in Pand. Lib. X. ad L. 15. D. comm. div. (10. 3.) ist der Ansicht, dass der mit der Noxalklage belangte dominus ignorans eines servus communis schon gleich nach der Litiscontestation vor erfolgtem Urtheile von seinem socius die Tradition ihrer Eigenthumsantheile, um die noxae datio in solidum zu bewirken, mit der actio communi dividundo er-

Hatten seine socii auf solche Weise zur noxae datio ihre Zustimmung gegeben, so war mit letzterer die Sache abgethan und es standen ihnen weiter keine Regressansprüche wegen Verletzung ihrer Interessen durch die Hingabe des Sklaven mehr zu [1]). — Verweigerten dagegen die Miteigenthümer die Tradition ihrer Antheile vor erfolgtem Endurtheil, wozu sie berechtigt waren, so musste es zur condemnatio in solidum des verklagten dominus ignorans kommen [2]). Der also in solidum Condemnirte hatte nun aber sorgfältig abzuwägen, was für seine socii vortheilhafter sei, die Entrichtung der vollen litis aestimatio oder die noxae datio, und dies bestimmte sich darnach, ob die Urtheilssumme den Werth des delinquirenden Sklaven überstieg, oder ob sie darunter blieb. War in concreto das Erstere der Fall, und der condemnatus hatte

---

zwingen könne und beruft sich dabei auf L. 15. cit., welche also lautet: Paulus: Si socius servi communis nomine conventus et condemnatus sit, aget communi dividundo et antequam praestet; nam et si cum noxali judicio cum uno actum sit, statim aget cum socio, ut ei pars traderetur cautionibus interpositis, ut, si non dederit, reddat. — Allein diese Stelle beweist gerade das Gegentheil. Paulus spricht darin zunächst aus, dass, wenn Einer von mehreren Miteigenthümern servi communis nomine (z. B. mit der actio de peculio) verklagt und (in solidum) verurtheilt worden sei, (si . . conventus et condemnatus sit,) er, noch ehe er die Urtheilssumme entrichtet, (antequam praestet) seinen Miteigenthümer mit der actio communi dividundo auf Einzahlung seines Ratenantheils verklagen könne, und motivirt diesen Ausspruch durch die Parallele der Noxalklage aus dem Delicte eines servus communis, indem er fortfährt, „denn auch, wenn mit dem Einen Eigenthümer eines servus communis noxaliter processirt worden sei, (si cum noxali judicio cum uno actum sit, wohlzumerken nicht: agatur,) könne sofort (statim) gegen Caution mit der actio communi dividundo wider den socius auf Abtretung seines Eigenthumsantheils geklagt werden.“ Hier entsprechen also ganz sichtlich die Worte si . . conventus et condemnatus sit im ersten Theile unserer Stelle den Worten: si cum noxali judicio cum uno actum sit, in der zweiten, d. h. aber eben, auch unter der letzteren Voraussetzung wird die erfolgte condemnatio zur Anstellung der actio communi dividundo gefordert.

1) Der naheliegende Grund hiervon bestand darin, dass, wenn sie die noxae datio als nachtheilig für sich erachtet hätten, es ihre Sache gewesen wäre, dieselbe durch Verweigerung der Abtretung ihrer Eigenthumsantheile zu verhindern, und es dadurch zur Verurtheilung des Beklagten in solidum zu bringen. L. 8. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. verb. Plane si propter hoc, quod socii dedere parati non sunt, in solidum fuerit condemnatus sit, (communi dividundo vel familiae erciscundae judicio adversus ejus experietur.)

2) L. 8. D. cit.

statt den Sklaven noxae zu geben, aus Mangel an Ueberlegung oder aus persönlicher Gunst denselben zurückhaltend, die volle litis aestimatio entrichtet, so konnte er von seinem Miteigenthümer mit der actio communi dividundo oder familiae erciscundae nicht die Hälfte der gezahlten Urtheilssumme, sondern nur dessen Werthantheil am Sklaven in Anspruch nehmen [1]). Betrug also z. B. die entrichtete litis aestimatio 1000 Asses, der Werth des Sklaven dagegen nur 500, so hatte er keinen Anspruch auf Ersatz von 500 Asses, als der Hälfte der von ihm gezahlten Summe, sondern nur den von 250 Asses als den halben Werth des Sklaven, weil, wenn dieser noxae gegeben worden wäre, der Miteigenthümer mit einer soviel betragenden Vermögenseinbusse davon gekommen sein würde. — War dagegen der Werth des Sklaven höher als die von ihm verwirkte litis aestimatio und letztere von dem verurtheilten dominus ignorans vollständig geleistet worden, so konnte dieser nun seinen socius auf Erstattung der Hälfte regressorisch belangen [2]).

Das Mittel, wodurch der verurtheilte dominus ignorans des delinquirenden servus dominus da, wo es im Interesse der Miteigenthümer lag, die Abtretung der Eigenthumsantheile seiner socii erzwingen konnte, um die noxae datio in solidum vornehmen zu können, war die actio communi dividundo, deren Erfolg dadurch bedingt erschien, dass der Kläger Caution leistete, die abgetretenen Eigenthumsantheile retradiren zu wollen, falls es nicht zur noxae datio kommen sollte [3]).

---

1) L. 8. D. comm. div. (10. 3.) Paulus: Si communis servi gratia noxae nomine plus praestiterit, aestimatur servus et eius partem consequetur.

2) L. 25. §. 15. D. fam. erc. (10. 2.) Paulus. Si unus ex coheredibus noxali judicio servum hereditarium defenderit et litis aestimationem obtulerit, quum hoc expediret, id pro parte hoc judicium consequetur. L. 8. 17. pr. i. f. D. de nox. act. (9. 4.) L. 11. §. 3. D. de aqua (39. 3.) Vgl. L. 27. §. 8. D. de pecul. (15. 1.)

3) L. 15. D. comm. div. (10. 3.) Paulus: verb. si noxali judicio cum uno actum sit, statim (communi dividundo) aget cum socio, ut ei pars traderetur cautionibus interpositis, ut, si non dederit, reddat. — Hier sind zweierlei Fälle ins Auge zu fassen, je nachdem der Werth des Sklaven geringer war als der Betrag der litis aestimatio oder umgekehrt. — War z. B. der Sklave 500 Asses werth, die litis aestimatio betrug dagegen 1000 Asses, so lag es im Interesse beider Eigenthümer des delinquirenden Sklaven ihn noxae zu geben, und daher konnte denn der noxaliter verurtheilte do-

Was das Wechselverhältniss der gegen die verschiedenen domini ignorantes des delinquirenden servus communis zustehenden Noxalklagen betrifft, so hat man auch hier im Auge zu behalten, dass sie nicht mehrere dem Fundamente nach verschiedene Klagen waren, sondern einem und demselben Sklavendelicte ihr Dasein verdankten, das nur eine einzige, aber von jedem der mehreren Eigenthümer des Sklaven in solidum auf sich zu nehmende Delictsklage hervorzurufen im Stande war. L. 20. pr. D. de interrog. in jure (11. 1.) Paulus: ex persona servi duo (omnes domini) tenentur ... in servo communi.

Die schon hieraus sich von selbst ergebende juristische Identität der gegen die mehreren Eigenthümer eines Sklaven begründeten Noxalklagen findet eine Bestätigung in den bereits oben besprochenen Gesetzen der L. 13. pr. (Paulus) und der L. 14. (Javolenus) D. de interr. i. j. (11. 1.) Darnach soll der in jure sich als Eigenthümer eines Sklaven bekennende Nichteigenthümer nur dann als quasi dominus obligirt, resp. mit der Noxalklage belangt werden können, wenn gegen den verus dominus eine Klage bestehe. Und dies wird dadurch motivirt, dass der Nichteigenthümer durch sein falsches Bekenntniss die Klage gegen den Eigenthümer auf sich übertrage, confessione sua obligationem, actionem in se confert, transfert.

Hiermit ist also die Identität dieser beiden Klagen ausdrücklich anerkannt [1]). Nun wird aber der vorliegende Fall der gegen den verus und quasi dominus begründeten Noxalklage von Paulus in L. 20. pr. D. eod. mit dem der zusammentreffenden Noxal-

---

minus von seinem socius die Abtretung seines Eigenthumsantheils in Anspruch nehmen. Wollte letzterer aber den Sklaven (pro parte) behalten, so hatte er seinen Miteigenthümer durch Entrichtung von 750 Asses zu entschädigen, weil derselbe, wenn ihm die Abtretung des Eigenthumsantheils am Sklaven nicht verweigert worden wäre, nur seine Werthhälfte des Sklaven d. h. 250 Asses eingebüsst hätte, während er jetzt die litis aestimatio von 1000 Asses entrichten müsste, also einen Schaden von 750 Asses erlitt, der ihm ersetzt werden musste. — Betrug umgekehrt der Werth des Sklaven mehr als die litis aestimatio, also z. B. 1000 Asses gegen 500, so widersprach die noxae datio dem Interesse beider Miteigenthümer und daher konnte der auf Abtretung seines Eigenthumsantheils Belangte dieselbe verweigern, indessen war er verpflichtet die Hälfte der litis aestimatio mit 250 Asses seinem socius zu vergüten. — Vgl. auch *Brinkmann*, a. a. O. S. 82. 83.

1) Vgl. auch noch L. 12. §. 1. D. de interr. i. j. (11. 1.)

klagen gegen die Eigenthümer eines servus communis absolut gleichgestellt und daher gilt denn der für jene gewonnene Identitätsbeweis auch für diese.

Nur als eine wesentliche Ergänzung des vorstehenden Beweises der Identität der gegen die mehreren Herren eines servus communis zustehenden actiones noxales erscheint es denn auch, dass gerade wie bei den concurrirenden Klagen gegen den quasi dominus und verus dominus mit dem Erlöschen der einen Klage, sei es nun auf dem Wege der processualischen Consumtion oder auf dem der Zahlung, auch die andere zugleich mit erlöschen musste.

L. 20. pr. D. cit. Paulus Lib. II. Quaest. Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali conventus sit, dominum liberat, *sicuti in servo communi*, ubi altero convento alter quoque liberatur.

L. 14. §. 2. D. de servo corr. (11. 3.) Paulus Lib. XIX. ad Ed. Si servus communis extraneum corruperit, videndum est, utrum cum duobus agi debeat, an et cum singulis exemplo ceterarum noxarum. Et magis est, ut unusquisque in solidum teneatur, altero autem solvente, alterum liberari.

§. 11.

B. Einige domini des servus communis waren scientes[1]), einige ignorantes.

L. 5. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. III. ad Ed. L. 9. D. eod. Paulus. Lib. XXXIX. ad Edictum. L. 10. D. eod. Idem Lib. XXII. ad Edictum. L. 17. pr. D. eod. Idem l. c. L. 5. D. si fam. furt. fec. dic. (47. 6.) Marcellus Lib. VIII. Digest.

---

1) Scientes sind durchweg solche, welche vom bevorstehenden Delicte Kenntniss hatten und es verhindern konnten, aber nicht verhindert haben. Waren sie ausser Stande das Delict zu verhindern, so werden sie als domini ignorantes behandelt. L. 3. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. III. ad Ed. In omnibus noxalibus actionibus, ubicunque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si quum prohibere posset, non prohibuit. L. 4. pr. i. f. D. eod. Paul. Lib. III. ad Ed. verb. Rectius itaque dicitur, scientiam eius accipiendam, qui prohibere potest; et hoc in toto Edicto intelligendum est circa scientiae verbum. L. 1. §. 1. D. si fam. f. f. dic. (47. 6.) Ulp. verb. scientiam enim spectare debemus, quae habet et voluntatem.

Auch hier erscheinen sämmtliche Miteigenthümer verpflichtet, die eine aus dem Sklavendelicte erwachsene Delictsklage ungetheilt auf sich zu nehmen, der dominus sciens als actio in solidum detracta noxae deditione, der dominus ignorans als actio noxalis, und dabei blieb es dem vom Sklavendelicte Betroffenen überlassen, welchen von Beiden er für sich in Anspruch nehmen wollte.

L. 5. §. 1. D. cit. Ulp. Lib. III. ad. Ed. Si plurium servus deliquerit, etc. Sed si alter scit, alter ignorabit, qui scit detracta noxae deditione convenitur, qui nescit cum noxae deditione.

War aber die actio in solidum gegen den dominus conscius bis zur Litiscontestation gediehen, so erschien damit die actio noxalis gegen den dominus inscius in Folge ihrer juristischen Identität ebenso erloschen, als umgekehrt die actio in solidum wider den dominus conscius, nachdem die actio noxalis gegen den dominus ignorans bis zur Litiscontestation vorgeschritten war [1]).

Wendet man sich hiernach der Frage zu, ob und inwieferne der verurtheilte dominus sciens oder ignorans seinem Miteigenthümer gegenüber einen Regressanspruch gehabt habe, so kommen dabei auf Grund der L. 17. pr. D. de nox. act. (9. 4.) [2]) und

1) L. 20. pr. D. de interr. i. j. (11. 1.) I. verb. sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter liberatur, vgl. m. L. 5. i. f. D. de nox. act. (9. 4.) — Nicht hierher gehört L. 9. D. eod. in den Worten: et conventus alterum quoque liberat. Denn hier ist unter conventus nicht der Beklagte im Momente der Litiscontestation zu verstehen, sondern der verurtheilte Verklagte, welcher das Urtheil erfüllt hat. Dies geht daraus hervor, dass ihm unmittelbar das Regressrecht abgesprochen wird. Cf. Cujac. in Lib. XXXIX. Pauli Ed. Lut. Par. 1658. II. p. 622. ad voc. „conventus" in L. 9. cit. „Conventum et exactum; sic interpretari debemus conventum in hoc loco. *Ribbentrop*, Zur Correalobligation. S. 250. Anm. 8.

2) L. 17. pr. D. cit. Paulus Lib. XXII. ad Edictum. Si ex duobus dominus uno sciente, altero ignorante servus delinquit, si cum altero, qui nesciebat, actum sit et noxae dederit servum, iniquum est vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari. Igitur agetur et cum altero, et si quid amplius est in damni persecutione, consequetur computato pretio hominis noxae dediti; ipsi tamen inter se sic debent pensare communi dividundo judicium, ut, si, ille, quo sciente fecit, praestiterit, non totius partem ferat, sed partem eius, quanti servus est; sic et si alter aliquid praestiterit, eius partem fieri. Illud iniquum est, eum, qui jussit servum facere, consequi aliquid a socio, quum ex suo delicto damnum patiatur.

L. 5. D. si fam. furt. f. d. (47. 6.)[1]) folgende Möglichkeiten in Betracht:

1. Hatte der eine Eigenthümer des servus communis nicht allein vom Delicte des letzteren Kenntniss gehabt, sondern sogar den Befehl zu dessen Begehung ertheilt, so lag einem solchen dominus jubens ob, die volle litis aestimatio allein zu tragen, und daher blieb ihm denn auf der einen Seite, falls er dazu verurtheilt sie entrichtet hatte, der Regress an den dominus ignorans versagt, [L. 17. pr. i. f. cit. illud iniquum est, eum etc.], auf der anderen musste er, falls von dem verurtheilten dominus ignorans die litis aestimatio entrichtet worden war, sie demselben auf Grund eines dadurch hervorgerufenen judicium communi dividundo vollständig ersetzen, [L. 5. D. cit. verb. et si servus communis etc.].

2: Hatte der zur litis aestimatio verurtheilte dominus ignorans, weil der Werth des Sklaven geringer war (500 Asses), als der Betrag der litis aestimatio (1000 Asses), den servus communis nach Uebertragung der Eigenthumsantheile seines socius, noxae gegeben, L. 8. D. de nox. act. (9. 4.), so war damit die Sache unter den beiden condominis abgethan, und folgeweise das judicium communi dividundo ausgeschlossen. Wohl aber konnte der von dem Delicte des Sklaven Betroffene von dem dominus sciens nachträglich das in Anspruch nehmen, was ihm nach Aufrechnung des Werthes des noxae erhaltenen Sklaven an dem vollen Betrage der litis aestimatio noch fehlte, und dies wurde dadurch ermöglicht, dass der Prätor die civilrechtlich bereits erloschene actio ex delicto in solidum in dem gedachten Umfange wieder aufleben liess[2]), [L. 17. pr. cit. D. verb.

---

1) L. 5. D. cit. Marcellus Lib. VIII. Digest. Familia communis sciente altero furtum fecit; omnium nomine cum eo, qui scit, furti agi poterit, cum altero ad eum modum, qui Edicto comprehensus est; quod ille praestiterit non totius familiae nomine, ab hoc socio partem consequetur. Et si servus communis alterius jussu damnum dederit, etiam quod praestiterit alter, si modo cum eo quoque ex lege Aquilia vel ex duodecim tabulis agi potest, repetat a socio, sicuti quum communi rei nocitum est. Si ergo duntaxat duos habuerim servos communes, cum eo, quo non ignorante factum est, agetur utriusque servi nomine, sed non amplius consequetur a socio, quam si unius nomine praestitisset.

2) Einer analogen Sorgfalt des Prätors im Interesse der vom Sklavendelicte Betroffenen durch Aufrechthaltung erloschener Klagen begegnen wir

inquum est vilissimi hominis deditione, etc.]. Uebrigens konnte der dominus ignorans den wissenden Miteigenthümer wegen Corruption des servus communis gerade so auf Schadensersatz einklagen, als wäre von einem Dritten eine res communis beschädigt worden. Mit welcher Klage dies zu geschehen hatte, hieng von dem obwaltenden Rechtsverhältnisse ab. War dies eine societas, wie die uns aus Cicero's Rede pro Roscio Comoedo Cap. 6. 10. 11. u. a. bekannte Societät des C. Fannius und Q. Roscius, welche sich geeinigt hatten durch den von letzterem zuvor in der Schauspielkunst unterrichteten servus communis Panurgus Geld zu verdienen, so erschien selbst für den Fall, dass sich diese Gemeinschaft mit der noxae datio des Sklaven aufgelöst hatte, die actio pro socio begründet; waren die Miteigenthümer keine socii, so half eine actio in factum aus.

L. 10. D. de nox. act. (9. 4.) Paulus. Sed et eo nomine agere cum socio poterit, quod servum deteriorem fecit, quemadmodum cum quolibet alio, qui rem deteriorem fecisset. Ceterum si nihil praeterea post noxae deditionem commune habebit, pro socio, vel si socii non fuerint, in factum agi poterit.

3. Hatte der verurtheilte dominus ignorans, trotzdem dass der servus communis delinquens nicht soviel werth war (500 Asses), als die litis aestimatio betrug, (1000 Asses), gleichwohl statt ersteren noxae zu geben, was in ihrem beiderseitigen Interesse gelegen hätte, die letztere entrichtet, so konnte er nun doch vom dominus sciens die volle Hälfte ersetzt verlangen, L. 17. pr. D. cit. verb. sic et si alter (dominus ignorans) aliquid praestiterit eius partem fieri, ohne dass der ihm etwa entgegengestellte Einwand, die Hingabe des Sklaven sei ihnen Beiden vortheilhafter gewesen, Berücksichtigung gefunden hätte, weil er sich selbst durch seine

---

auch sonst noch, so in dem Falle, in dem Jemand mit einem Anderen zwei servi communes hatte, welche zusammen an einem Dritten ein furtum begiengen. Hier musste bekanntlich der dominus sciens für jeden der beiden Sklaven vollständig aufkommen, also zweimal das von ihnen verwirkte duplum zahlen, während er nur die Hälfte des einen duplum von seinem socius ersetzt verlangen konnte. War dagegen der dominus ignorans zuerst belangt, so musste sich der vom Delicte Betroffene zwar diesem gegenüber mit dem duplum begnügen, dagegen ertheilte ihm der Prätor noch nachträglich wider den dominus sciens, alterius servi nomine eine Klage, nec (enim) servorum conscio parcendum est.

conscientia der noxae datio verlustig gemacht hatte und also auch von seinem socius nicht verlangen konnte, dass er dieselbe vornehme.

4. Hatte der zur litis aestimatio (1000 Asses) verurtheilte dominus sciens dieselbe entrichtet, so konnte er nun nicht die Hälfte der ganzen von ihm gezahlten Summe (500 Asses), sondern nur die Hälfte des Werthes des Sklaven (250 Asses) vom dominus ignorans ersetzt verlangen [L. 17. pr. cit. verb. ut, si ille quo sciente fecit, praestiterit, non totius partem ferat, sed partem eius, quanti servus est], weil was darüber hinausgieng Strafe seiner conscientia war, für die er allein aufzukommen hatte; L. 9. D. cit. verb. sui enim facti nomine poenam meruit.

Bis zum Werthbetrage des delinquirenden Sklaven trug die vom dominus sciens entrichtete litis aestimatio den Charakter einer Strafe seiner conscientia deshalb nicht, weil ja auch der dominus ignorans durch noxae datio seines Sklaven resp. seines Sklavenantheils verlustig gieng, — ein Verlust, vor dem er unter der obigen Voraussetzung durch die Entrichtung der litis aestimatio von Seiten des dominus conscius bewahrt blieb und für den er daher dem letzteren Ersatz schuldete. —

Während über die unter Nr. 1—3 dargelegten Resultate unsere Quellen vollkommen einig sind, scheint das unter Nr. 4 auf Grund der L. 17. und L. 5. D. citt. nachgewiesene im Widerspruche mit L. 9. D. de nox. act. (9. 4.) zu stehen, indem darin derselbe Paulus, von dem auch die L. 17. D. cit. herrührt, dem die litis aestimatio entrichtenden dominus sciens jeglichen Regressanspruch dem dominus ignorans gegenüber versagen zu wollen scheint, wenn er sich (Lib. XXXIX. ad Ed.) also ausdrückt:

Si (communis familia vel) communis servus furtum fecerit altero ex domino sciente, is qui scit, omnium nomine tenebitur et conventus alterum quoque liberat, nec a socio quidquam debebit consequi; sui enim facti nomine poenam meruit.

Dass der hier hervortretende Widerspruch nicht füglich ein wirklicher sein kann, ergiebt sich schon aus der Aufnahme der beiden Paulinischen, demselben Werke ad Edictum entnommenen Aussprüche von Seiten der Compilatoren in denselben Titel, nur mit Dazwischenschiebung einiger wenigen Stellen, und es fragt sich daher, wie dieser scheinbare Widerspruch auf die genügendste Weise zu lösen sein dürfte?

Der erste Versuch reicht bis zum Scholiasten der Basiliken hinauf[1]), der bei den Worten: *παρὰ τοῦ γινώσκοντος* (a sciente): *Ἤτου κελεύσαντος, ὡς κεφ. ιφ.* (Vel jubente, ut cap. 17.) supplirt, und demselben haben sich dann später sowohl die Glosse[2]), als auch Cujacius[3]), sowie Ramos del Manzano[4]) und die meisten Aelteren[5]) angeschlossen, indem sie davon ausgehen, dass Paulus in L. 9. cit. unter dem dominus sciens, dem er gegen den socius ignorans jeglichen Regressanspruch versagt, den dominus jubens verstanden habe, der ja allerdings einen solchen Anspruch nicht hat. Allein das rein Willkührliche dieses Versuches, die L. 9. cit. mit L. 17. und L. 5. D. citt. in Einklang zu bringen, fällt sofort in die Augen. Wenn Paulus in L. 17. cit. den dominus jubens vom dominus sciens aufs Schärfste unterscheidet, was berechtigt uns dann zu der Annahme, dass er in L. 9. unter dem letzteren den ersteren verstanden habe? Nach dieser Methode Widersprüche zu lösen, würde es allerdings nicht schwer fallen, sich aller in den Quellen befindlichen sehr bald entledigt zu haben.

---

1) Basil. L. V. 5. Cap. 9. Schol. 8.

2) Gloss. ad voc. consequi in L. 9. D. de nox. act. (9. 4.) verb. Dicunt quidam hanc corrigi per illas in hoc. Tu dic, quod hic non tantum scivit, sed etiam jussit, et dic: sciente et etiam jubente.

3) Cujacius Comment. in libr. XXII. ad Edictum ad L. 17. D. de nox. act. (9. 4.) verb. At non eadem modo utrumque, et scientem et ignorantem: sed ita, ut si ille, quo sciente servus fecit, praestiterit, non totius pecuniae quam solvit ex suo delicto, a socio innocente ferat partem, sed pretii servi partem tantum, pro quo solvit. Immo nec eius quidem pretii partem, si non tantum sciverit, sed et jusserit servum delinquere. Plus enim est jubere quam pati. L. 2. §. 1. L. 3. h. t. Et secundum has distinctiones, jam dixi esse ita accipiendam l. 9. huius tit., dum ait, eum qui scivit et praestitit litis aestimationem, nihil a socio innocente consequi, quia sui facti poenam meruit. Ed. Lut. Par. Opera Postuma. Tom. II. p. 346.

4) Meermanni Thesaur. Tom. V. pag. 151. Alioquin si jussit, nihil a socio repetit, quia sui proprie facti poenam suffert. L. Si ex duobus 17. L. Si communis 9, quam ita interpretandam de sciente simulque jubente: argumento ex L. Sed et 10 quae statim sequitur, et conciliandam ea distinctione, cum l. Familia 5. docent Scholiastae Graecanici lib. 60. Basil. tit. 5. in L. 9. et 17. etc., post Accursium Latini omnes veteres et noviores constanter, si Fulgosium excipias dubitantem nec dissentientem ad L. Si communis 9. et L. Si ex duobus 17. num. 1. et 2."

5) Vgl. die vorstehende Note.

Müssen wir uns unter diesen Verhältnissen nach einem anderen Versuche umsehen die obigen Stellen zu einigen, so dürfte dies so zu geschehen haben, dass man in L. 9. cit. den Sinn der Anstoss erregenden Worte: nec a socio (dominus sciens) quidquam debebit consequi aus den unmittelbar darauf folgenden: sui enim facti nomine poenam meruit interpretirt. Aus den letzteren Worten geht klar hervor, wie Paulus in den ersteren nichts weiter sagen wollte, als dass der die lits aestimatio entrichtende dominus sciens die Strafe seiner conscientia allein zu tragen und folglich, nachdem er sie gezahlt, an den socius desfalls keinerlei Regressansprüche habe. Nun ist ja aber bereits soeben gezeigt worden, dass die litis aestimatio, insoweit sie dem Werthe des delinquirenden Sklaven entspricht, gar nicht unter den Gesichtspunkt der Strafe der conscientia fällt, sondern vielmehr das Mittel ist, unter Abwendung der noxae datio den beiden Eigenthümern des Sklaven ihren Antheil an letzterem zu erhalten. Dass dem dominus sciens hierbei nicht zugemuthet werden kann, dieses für seinen socius gebrachte Opfer der Erhaltung seines Eigenthumsantheils am servus communis ohne dessen Rückvergütung zu bringen, versteht sich ganz von selbst, und daher kann es um so weniger auffallen, wenn Paulus diesen Punkt in L. 9. cit. nicht besonders hervorhebt, da er durch den Hinweis auf die verwirkte Strafe der conscientia in den Schlussworten keinen Zweifel darüber lässt, dass er nur in Bezug auf sie, d. h. die entrichtete litis aestimatio, *insoweit sie den Antheilswerth des Sklaven übersteigt*, das Regressrecht hat versagen wollen.

§. 12.

C. Sämmtliche Eigenthümer des servus communis waren domini scientes.

L. 5. D. de nox. act. (9. 4.) L. 9. D. eod. L. 5. D. si fam. furt. fec. dic. (47. 6.)

Auch hier hatte jeder einzelne mitwissende Eigenthümer die Verpflichtung, die Klage aus dem Delicte des Sklaven in solidum, aber detracta noxae deditione, auf sich zu nehmen.

L. 5. D. de nox. act. (9. 4.) Ulp. Lib. III. ad Edictum: Sed si omnibus scientibus (plurium servus deliquerit), quivis eorum

tenebitur detracta noxae deditione, quemadmodum si plures deliquissent; nec altero convento alter liberabitur. Bas. LX. 5. cap. 5. und Schol. ad h. l.

Wer sich durch die Worte: quemadmodum si plures deliquissent zu der Annahme versucht fühlen sollte, dass im Falle der Mitwissenschaft der Eigenthümer eines servus communis, abgesehen vom Delicte des Sklaven, noch soviele selbständige Delicte der Herren vorgelegen hätten, als Mitwisser vorhanden waren, der würde nicht nur mit dem obigen Nachweise in Conflict gerathen, wornach die conscientia et patientia dominorum als eine reine Negative ausser Stande war, ein selbständiges Delict oder Quasidelict hervorzurufen, sondern auch übersehen, dass Ulpian in obigen Worten nur sagt: Die mehreren mitwissenden Herrn hafteten „gleich als wenn sie ein Delict begangen hätten", nicht aber, „weil sie ein solches begangen haben." — Die blosse Vergleichung des dominus sciens mit dem selbständigen Delinquenten beweist gerade umgekehrt, dass in Wirklichkeit er dieses nicht war. Vielmehr stellt Ulpian nur beide darin gleich, dass der dominus sciens gerade so gut die volle litis aestimatio ohne Gestattung der noxae datio zu leisten habe, als wenn er selbst und nicht der Sklave das Delict begangen hätte; tenebitur detracta noxae deditione, quemadmodum si plures deliquissent.

Steht nun aber fest, dass auch die gegen die verschiedenen mitwissenden Eigenthümer zustehenden actiones in solidum keine verschiedenen, selbständigen Delictsklagen waren, sondern nur eine und dieselbe, die actio ex servi delicto, welche jeder von ihnen in gleicher Weise auf sich zu nehmen verpflichtet erschien, so hätte in Folge dieser juristischen Identität nach der Strenge des Civilrechts gerade sogut, wie bei den Noxalklagen gegen die mehreren domini ignorantes, mit der Litiscontestation wider den einen dominus sciens die Klage gegen den anderen auf dem Wege der processualischen Consumtion erlöschen sollen. Weil aber auf diese Art offenbar eine ähnliche Härte, wie die im §. 6. a. E. besprochene zu Tage getreten wäre, indem möglicher Weise von dem einen verklagten dominus conscius die litis aestimatio nicht, oder nicht ganz zu erlangen war und für diesen Fall die übrigen mitwissenden Eigenthümer trotz ihrer gleichen Mitschuld lediglich in Folge eines rein formalen Processgrundsatzes frei und unbestraft ausgegangen sein würden, so lag es nahe, dass bei der

schon mehrfach uns entgegentretenden Flüssigkeit der processualischen Consumtionstheorie in den Händen des Prätors — man behalte wohl im Auge, dass der betreffende Ausspruch Ulpians seinem Edictscommentare entnommen ist — derselbe hier gleichfalls vermittelnd eintrat, indem er die actio in solidum gegen den anderen dominus sciens noch nicht durch die Litiscontestation consumirt sein liess, (nec altero convento alter liberatur, L. 5. D. cit.), sondern solange aufrecht erhielt, bis Zahlung erfolgt war.

Wenden wir uns auch hier wieder der Frage des Regressrechts nach geleisteter Zahlung des verurtheilten dominus sciens gegen die anderen domini scientes zu, so hat man abermals mehrere Fälle getrennt ins Auge zu fassen.

1. Sämmtliche Eigenthümer haben nicht nur von dem intendirten Delicte ihres servus communis Kenntniss gehabt, sondern ihm zu dessen Begehung den Befehl ertheilt. Hier unterliegt es keinem Bedenken, dass jeder von ihnen ex suo delicto in solidum belangt werden kann, und nachdem er die litis aestimatio, in die er verurtheilt worden, geleistet hat, ihm auch keinerlei Regressrecht zukommt, quum ex suo delicto damnum patiatur. L. 17. pr. i. f. D. de nox. act. (9. 4.) Umgekehrt kann aber auch der vom Sklavendelict Betroffene nach einmaliger Entrichtung der litis aestimatio den bis jetzt noch nicht belangten dominus jubens nicht weiter in Anspruch nehmen, weil durch dieselbe das Delict des Sklaven, dem er den Befehl dazu ertheilt hat, getilgt und damit die wider ihn daraus zu richtende actio ex delicto in solidum erloschen ist. Allerdings erwächst auf diese Weise dem nicht belangten dominus jubens ein factischer Vortheil; allein dies erklärt sich daraus, dass das römische Recht keine societas maleficiorum vel communicatio justa damni ex maleficio anerkennt und ihm daher die actio pro socio vel communi dividundo zum Behufe der Repartition der gezahlten Summe abspricht. Man vergleiche folgende Stellen:

L. 1. §. 14. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) Ulp. Lib. XXXVI. ad Edictum. Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit; quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus, nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio justa damni ex maleficio est.

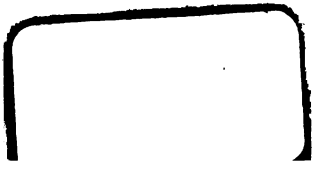
L. 15. D. eod. Ulp. Lib. I. Disput. Si ex duobus tutoribus

cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri; nec immerito, quum unusquisque doli sui poenam sufferat. Quodsi conventus alter praestitisset, proficiet id, quod praestitit ei, qui conventus non est; licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satis facere, ut in duobus, quibus res commodata vel deposita, quibusque mandatum est.

2. Sämmtliche Eigenthümer des delinquirenden servus communis haben von dessen intendirtem Delicte gewusst, ohne ihn daran zu hindern. Auch unter dieser Voraussetzung trifft jeden Miteigenthümer eine Schuld, die der scientia et patientia; allein weil dieselbe in Folge ihres rein negativen Charakters nicht, wie im Falle des allseitig ertheilten Befehls, ein selbständiges Delict ins Dasein ruft, und folgeweise auch keine communicatio delicti vorliegt, so kann es hier auf Grund des judicium communi dividundo zur Repartition der vom verurtheilten dominus sciens entrichteten litis aestimatio gegenüber den anderen mitwissenden Eigenthümern kommen. In wie weit, soll Nachstehendes darthun. Es ist bereits gezeigt worden, dass der dominus sciens, welcher auf Grund seiner Verurtheilung die litis aestimatio entrichtet hatte, selbst vom dominus ignorans die Werthhälfte des Sklaven ersetzt verlangen konnte, weil dieselbe nicht unter den Begriff der poena fiel, sondern vielmehr die ihr entsprechende Summe in der gezahlten litis aestimatio ihm seinen Eigenthumsantheil am Sklaven erhalten hatte. Da dieses Verhältniss dem dominus conscius gegenüber absolut dasselbe ist, so kann es also keinem Bedenken unterliegen, dass er mindestens insoweit gleichfalls einen durch das judicium communi dividundo durchzuführenden Anspruch auf Repartition hat.

Zweifelhaft könnte es sein, ob dem verurtheilten und gezahlt habenden dominus sciens noch darüber hinaus bis zur vollen Hälfte der litis aestimatio ein Regressrecht zukomme? Um hierüber klar zu werden, vergegenwärtige man sich folgende Möglichkeiten.

Der Sklave war mehr werth (1000 Asses) als die verwirkte litis aestimatio (500) und der verurtheilte dominus sciens hatte dieselbe entrichtet. Unter dieser Voraussetzung kam letzterem ganz unbedenklich ein Anspruch auf die Hälfte der gezahlten Summe zu, weil dieselbe ja noch nicht einmal den Werthantheil des anderen dominus sciens am Sklaven erreichte.

War dagegen der Sklave weniger werth (500 Asses) als die litis aestimatio betrug (1000 Asses), so fragt es sich nun, ob auch hier der die letztere gezahlt habende dominus sciens von seinem wissenden Miteigenthümer mit der actio communi dividundo die ganze Hälfte (500 Asses) in Anspruch nehmen konnte oder nur die Hälfte des Werthes des Sklaven (250 Asses). Es dürfte das Richtigere sein, das Erstere anzunehmen, da beide in gleicher Weise die Schuld der conscientia und patientia trifft, ohne dadurch besondere Delicte auf sich geladen zu haben, und der nicht verurtheilte dominus sciens durch die Entrichtung der litis aestimatio von Seiten seines condominus nicht nur seinen Eigenthumsantheil am delinquirenden Sklaven behielt, sondern auch von der darüber hinausgehenden Strafe liberirt ward. Arg. L. 6. §. 12. D. comm. div. (10. 3.) Ulp. Lib. XIX. ad Ed. Urseius ait, quum in communi aedificio vicinus nuntiavit, ne quid operis fieret, si unus ex sociis ex hac causa damnatus fuisset, posse eam poenam a socio pro parte servare.

Druck von Fischer & Wittig in Leipzig.